

---

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE  
TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**MECANISMOS PARA REPARAÇÃO DE DANOS EM ÂMBITO PENAL**

Isabela Quissi Martines

Presidente Prudente/SP

2011

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE  
TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**MECANISMOS PARA REPARAÇÃO DE DANOS EM ÂMBITO PENAL**

Isabela Quissi Martines

Monografia apresentada como  
requisito parcial de Conclusão de  
Curso para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito, sob orientação  
do Professor Mário Coimbra

Presidente Prudente/SP

2011

# **MECANISMOS PARA REPARAÇÃO DE DANOS EM ÂMBITO PENAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Mário Coimbra

Jurandir José dos Santos

Eduardo Henrique Amancio de Souza

Presidente Prudente, 07 de novembro de 2011.

Tais são os preceitos do direito: viver honestamente (*honeste vivere*), não ofender ninguém (*neminem laedere*), dar a cada um o que lhe pertence (*suum cuique tribuere*).

Eneo Domitius Ulpianus

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus por ter permitido que eu conseguisse realizar meu trabalho com êxito.

Agradeço, ainda, ao meu orientador, Professor Mário Coimbra, pela paciência que sempre teve comigo, entendendo minhas dificuldades e animando-me quando já estava cansada.

Tenho, ainda, que agradecer aos meus examinadores por, mesmo sendo pessoas tão ocupadas, atenderem, gentilmente, meu convite.

Por fim, agradeço às pessoas que comigo convivem, especialmente meus pais, meu irmão, meu namorado por me apoiarem nos momentos de ansiedade e angústia.

## RESUMO

O presente trabalho analisa o papel que a vítima desenvolveu na história penal do protagonismo ao redescobrimento, passando por um período de esquecimento. Descreve as fases históricas da pena com enfoque no ofendido, dos povos antigos à Idade Média e, finalmente, após as guerras mundiais. Demonstra a pesquisa que a vítima sofreu com esquecimento durante grande tempo no processo penal, quando o criminoso era objeto de estudos e preocupações. Modernamente, o trabalho aponta para uma nova visão sobre a vítima, iniciando-se um processo em que ganha maior repercussão doutrinária e legal. O redescobrimento da vítima, pela pesquisa, vem sendo refletido no processo penal brasileiro, sendo que sua participação aparece desde o inquérito policial até a ação penal, seja pública ou privada. Analisa-se, então, quais as formas de interferência da vítima na persecução penal brasileira, iniciando-se pela fase inquisitiva, demonstrando-se que o ofendido auxilia na produção de prova e é auxiliado pela atividade investigativa. Depois, passa a análise da vítima na ação penal brasileira, atuando na ação penal pública por meio da assistência ou da representação, quando exigida. Fechando a abordagem sobre a participação da vítima no processo penal brasileiro, a pesquisa trata da ação penal privada, com enfoque na polêmica extinção da ação penal privada exclusiva e a fundamentação da existência da ação penal privada subsidiária. Na parte final do trabalho, ingressa-se no principal tema a ser abordado. Depois de analisar a participação do ofendido no processo penal brasileiro, busca-se demonstrar que do crime também nasce interesse civil da vítima, consistente na reparação de danos. Aponta-se para as espécies de danos que o ofendido poderá sofrer com o delito e, de forma sucinta, traz uma das teorias da justiça restaurativa, pela qual um dos pontos para restauração após o delito é a reparação de danos. Por fim, o trabalho enumera as formas que a vítima pode se valer, pela legislação brasileira, para reparação dos danos decorrentes do delito. Analisa a *actio civilis ex delicto*, as medidas assecuratórias penais, o acordo civil da Lei 9.099/95. Finalizando, o trabalho traz ainda outras formas de reparação de danos em seara penal, principalmente aquelas encontradas no Código Penal brasileiro. Faz-se também uma análise sobre a possibilidade da reparação de danos à vítima ser promovida pelo Estado, apontando os argumentos contrários e favoráveis à reparação estatal.

**Palavras-chave:** Vítima. História Penal. Processo Penal. Reparação de Danos. Justiça Restaurativa. *Actio Civilis Ex Delicto*. Medidas Assecuratórias Penais.

## ABSTRACT

This paper examines the role that the victim developed in the criminal history since protagonism until the rediscovery, going through a period of neglect. Describes the historical phases of the penalty with a focus on victim, since the ancient peoples until the Middle Ages and finally, after the world wars. Research shows that the victim suffered from neglect for much time in the criminal proceedings, where the criminal was the object of studies and concerns. Nowadays, the work points to a new view of the victim, starting a process in which gains greater doctrinal and legal repercussions. The rediscovery of the victim, for the research, has been reflected in the criminal process, and her participation appears in the police investigation to action, public or private. It is analyzed, then, what forms of interference in the Brazilian criminal prosecution of the victim, starting from the inquisitive stage, demonstrating that the victim helps in the production of evidence and is assisted by investigative activity. Then the analysis is the victim in a criminal action in Brazil, working in the public criminal action by assistance or representation, if required. Closing the approach of the participation of the victim in the criminal process, the research discuss the private criminal action, focusing on the controversial about the termination of the exclusive private criminal action end the base to existence of the subsidiary private criminal action. At the end of the work, it entered into the main topic to be addressed. After analyzing the participation of the victim in the criminal process, it searches to demonstrate that crime does born the civil interest of the victim, consist in the repair of damage. The paper points to the kinds of damages that the victim may suffer from the crime and, briefly, brings a restorative justice's theory, whereby one of the points for restoration after the offense is the repair of damage. At last, the work lists the forms that the victim may be enforced by the Brazilian legislation for compensation for damage resulting from an offense. Analyze *actio civilis ex delicto*, the assuring criminal measures, the civil settlement of Law 9.099/95. At the end, the research brings other forms of civil repair in the criminal area, especially those found in the Brazilian Penal Code. It is also an analysis of the possibility of repairing damage to the victim being promoted by the State, pointing out the arguments against and for the state.

**Keywords:** Victim. Criminal History. Criminal Process. Repair of Damage. Restorative Justice. *Actio Civilis Ex Delicto*. Assuring Criminal Measures.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 A VÍTIMA NA HISTÓRIA PENAL.....</b>	<b>11</b>
2.1 Conceito de Vítima .....	11
2.2 Dos Diferentes Papéis Assumidos pela Vítima .....	13
2.2.1 O protagonismo na “Idade de Ouro” .....	14
2.3 Rumo ao Ostracismo .....	23
2.3.1 A vítima e a evolução do direito penal a partir do século XII .....	24
2.4 Evidências do Redescobrimento .....	26
2.4.1 Século XX e a saída do ostracismo .....	27
<b>3 A VÍTIMA NA PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA .....</b>	<b>30</b>
3. 1 Inquérito Policial .....	30
3.1.1 Ofendido e instauração de inquérito .....	32
3.1.2 Inquérito na ação penal pública condicionada e privada.....	34
3.1.3 Vítima no curso das investigações.....	35
3.2 Ação Penal .....	36
3.2.1 Ação penal pública .....	38
3.2.2 Ação penal privada .....	48
3.3 Conclusões Preliminares .....	54
<b>4 DANOS DECORRENTES DO DELITO .....</b>	<b>56</b>
4. 1 Responsabilidade Civil e Responsabilidade Penal .....	56
4.2 Dano Material e Dano Moral .....	57
4.3 Justiça Restaurativa e a Reparação de Danos .....	58

<b>5 MECANISMOS DE REPARAÇÃO DE DANOS NO PROCESSO PENAL</b> .....	<b>61</b>
5.1 Ação Civil <i>Ex Delicto</i> .....	61
5.1.1 Sistemas processuais .....	61
5.1.2 Conceito, competência e legitimidade .....	62
5.1.3 Relação entre a ação civil e penal .....	63
5.1.4 Considerações finais .....	71
5.2 Meios para Garantir a Reparação.....	72
5.2.1 Restituição de coisas apreendidas .....	72
5.2.2 Medidas assecuratórias penais .....	75
5.2.3 Fiança.....	84
5.3 Juizado Especial Criminal.....	85
<b>6 OUTROS MECANISMOS PARA REPARAÇÃO</b> .....	<b>91</b>
6.1 As Hipóteses do Código Penal .....	91
6.2 Multa Reparatória do Código de Trânsito .....	93
6.3 Reparação pelo Estado .....	94
<b>7 CONCLUSÃO</b> .....	<b>96</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>100</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A vítima já viveu diferentes papéis ao longo da história penal, ocorrendo variações entre povos, lugares, épocas.

O ofendido inicia sua saga na persecução penal como protagonista da punição ao seu ofensor. Mas, teria sido realmente assim?

A partir do fortalecimento do Estado, em meados do século XII, a vítima passou a ser coadjuvante em âmbito criminal, reduzida a mero instrumento informativo.

No século XX, após as guerras mundiais, o ofendido tornou-se novamente tema de discussão em seminários internacionais.

Contemporaneamente, discute-se qual a participação da vítima na persecução penal brasileira, seu envolvimento e importância desde a fase inquisitiva até a ação penal.

Indaga-se a razão de permitir-se que o ofendido participe da persecução penal. Será que, depois de o Estado tomar para si o monopólio da jurisdição e ser o titular do *jus puniendi*, a vítima deve ser alheada da relação jurídico-penal?

Corriqueiramente, a investigação penal, no Brasil, se dá por meio do inquérito policial. Será analisada, portanto, a atuação da vítima nesta fase e a relação de mutualidade entre ofendido e atividade policial.

Depois do inquérito, tem início a atividade jurisdicional do Estado por meio da ação penal, que pode ser pública, condicionada e incondicionada, e privada, subsidiária ou exclusiva.

Abordar-se-á a relação da vítima com todas as espécies de ação penal, seja inscrevendo-se como assistente na ação penal pública ou, ainda, quando a ação penal estiver condicionada à sua representação.

A ação penal intentada pela vítima será igualmente abordada, principalmente quanto ao fundamento e possibilidade de extinção.

Finalmente, ver-se-á que, ante a prática delituosa, na maioria das vezes, não ocorre somente uma perturbação à paz social. A vítima direta do crime pode sofrer danos civis, de natureza material ou moral.

Mas, como o legislador processual penal brasileiro se posicionou diante dos danos civis? Existem mecanismos estatais para proteção da vítima e garantia de seu ressarcimento? Há maneiras de satisfação do ofendido em seara penal.

Para responder a tais indagações, no presente trabalho valeu-se do método dedutivo, auxiliado pelo método histórico e comparativo, conceituando, primeiramente, o termo vítima. Após, inicia-se um estudo sobre a evolução histórica do seu papel em seara penal por meio de uma classificação doutrinária, sendo a primeira fase a de “Idade de Ouro”, seguida por uma fase de “Ostracismo” e chega ao período das evidências de um “Redescobrimento” ou “Redescoberta”.

Feita a análise histórica, passa-se a discutir qual a atual interferência da vítima no processo penal brasileiro, da fase pré-processual, passando pela ação penal pública e privada, voltando-se, principalmente, ao fundamento de tal interferência.

Visto a evolução da participação da vítima no processo penal e a atual situação no sistema brasileiro, passa-se a abordar o maior interesse da vítima em seara penal, que nasce após a prática da maioria dos ilícitos penais, a pretensão de reparação dos danos decorrentes do crime.

Brevemente, será estudada a justiça restaurativa e uma de suas facetas, a reparação do dano civil.

Esclarecer-se-á sobre a *actio civilis ex delicto*, as medidas assecuratórias penais e a preocupação com a vítima na fase preliminar do procedimento penal sumaríssimo.

Finalmente, encerra-se o estudo apontando-se para hipóteses de reparação civil na lei penal, a multa reparatória do Código de Trânsito Brasileiro e a possibilidade da reparação civil promovida pelo Estado.

Todo estudo foi realizado com ampla pesquisa doutrinária enfocada na vítima e reparação dos danos decorrentes do delito, procurando-se trazer as principais críticas e constatações.

O objetivo principal é prestigiar a vítima, demonstrando a necessidade da sua participação na persecução penal, mormente devido aos danos causados pelo delito.

## 2 A VÍTIMA NA HISTÓRIA PENAL

Nesta fase do trabalho, será analisado o conceito jurídico-penal de vítima. Feita a conceituação, serão apresentadas as fases pelas quais o ofendido passou na história penal, desde a vingança privada até o papel exercido atualmente.

### 2.1 Conceito de Vítima

Preliminarmente, cabe fazer uma conceituação do termo vítima, principalmente em seu aspecto jurídico-penal.

A missão de conceituar é árdua e, em relação à vítima não é diferente. A origem etimológica da palavra já gera controvérsias:

A palavra (vítima), segundo a maioria dos estudiosos, veio do latim, havendo, contudo diferentes explicações sobre a sua origem nessa língua. São mencionadas duas fontes principais. Derivaria ela de *vincire*, que significa atar, ligar, referindo-se aos animais destinados ao sacrifício dos deuses após a vitória na guerra e que, por isso, ficavam vinculados, ligados, atados a esse ritual, no qual seriam vitimados. Adviria o vocábulo de *vincere*, que tem o sentido de vencer, ser vencedor, sendo vítima o vencido, abatido. Fala-se ainda no termo *vigere*, que quer dizer ser vigoroso, ser forte, pois a vítima era um animal robusto e grande em comparação com a *hostia*, que era um animal pequeno. (FERNANDES; 1995, p. 31)

Por óbvio que, atualmente, o termo saiu dessa conceituação religiosa e tornou-se mais abrangente. Scarance Fernandes (p. 31), então, define qual seria o significado literal ou gramatical de vítima hoje, como “qualquer ser vivo que, por ação de outrem, por ato dele próprio, ou ainda por acidente ou fato da natureza, sofre qualquer espécie de dano”.

Esse conceito literal é amplo, contudo, importa no presente estudo buscar o conceito jurídico-penal.

A legislação penal brasileira utiliza, indistintamente, o termo vítima, ofendido e também lesado, já a legislação processual penal apresenta termos como vítima, ofendido, pessoa ofendida e lesado.

Tourinho Filho (2010, p. 410) dá o seguinte conceito jurídico-penal para a vítima: “Ofendido, ou vítima, é o sujeito passivo da infração penal. E sujeito passivo é o titular do direito lesado ou posto em perigo pelo crime”.

Mais uma vez, valendo-se de Scarance Fernandes (p.43), um conceito amplo de vítima penal seria “quem sofre as consequências da violação da norma penal, podendo, no processo, contudo, defender interesses criminais e não criminais [...]”.

O que o douto indaga é se haveria correspondência entre a vítima penal e o sujeito passivo do delito, como conceito de Tourinho Filho citado alhures.

O sujeito passivo é o titular do direito lesado ou ameaçado de lesão da infração penal. Veja-se a lição de Basileu Garcia (1951, p. 216-217) sobre quem pode ser o sujeito passivo do delito:

Sujeito passivo é principalmente a pessoa física, o homem, pode sê-lo mesmo antes do nascimento, pois o direito do feto à vida é resguardado com a punição do abortamento. [...] É evidente que a pessoa jurídica, quer de Direito o, Público, quer de Direito Privado, como titular de direitos feridos pelo crime, se acha em condições de ser sujeito passivo. [...] Alguns escritores ampliam a qualidade do Estado como sujeito passivo, tendo-o como sujeito passivo principal e constante de todas as infrações, dado o interesse publicístico da repressão. [...] Os animais não podem ser sujeitos passivos, por não serem titulares de direitos [...].

Sendo assim, qualquer pessoa, como sujeito de direitos, pode ser sujeito passivo da infração penal, inclusive as pessoas jurídicas. O Estado é considerado um sujeito passivo universal, pois detém do direito de punir e um crime sempre fere a ordem pública.

As infrações penais podem ter mais de um sujeito passivo, sendo um principal e um secundário, em ocasiões onde o Estado e a pessoa são lesados<sup>1</sup>.

Após essa análise sobre o que é e quem pode ser o sujeito passivo do delito, chega-se a conclusão que, em conceito jurídico-penal, a vítima é o sujeito passivo do delito, principal ou secundário. Mas, adverte Scarance Fernandes (p. 48):

Contudo, importa salientar que, assim como o réu não pode ser considerado objeto do processo e sim um sujeito dotado de direitos, também a vítima deve ser vista no processo não apenas abstratamente como sujeito passivo do delito, mas como alguém concretamente dotado de direitos.

---

<sup>1</sup> Scarance (p. 48) exemplifica com o crime de exercício arbitrário das próprias razões em que o estado é ofendido no que tange a correta administração da justiça e poderá haver ofensa à pessoa que tem, v.g., dinheiro retirado de sua gaveta pelo seu credor sem permissão.

Há que se atentar, ainda, para o que a doutrina chama de sujeito prejudicado que é “o titular do direito à indenização civil, ou seja, aquele que, em razão de um ilícito civil, tem direito de pleitear a reparação do dano sofrido.” (FERNANDES, p. 48).

Segundo Schmidt de Oliveira (1999, p. 81), o sujeito prejudicado somente será vítima, em seu conceito jurídico-penal, se for, concomitantemente, sujeito passivo do delito.

Feita a conceituação gramatical e jurídico-penal da vítima, resta analisar o papel que esta desenvolveu ao longo da história penal.

## **2.2 Dos Diferentes Papéis Assumidos pela Vítima**

A vítima assumiu diferentes papéis na persecução penal. Houve época, em tempos primitivos, que ocupou lugar de grande destaque como sujeito ativo na punição de seu agressor, passando depois por um momento de esquecimento e esboça, atualmente, uma redescoberta ou redescobrimento.

As mudanças no comportamento da vítima, entretanto, não foram lineares e absolutas. Não se pode dizer que houve um período com começo e finais definidos em que ela agiu de determinada maneira e em todas as civilizações.

Todavia, para melhor compreensão dessas alterações de figuração do ofendido em seara penal, há que se valer de certa classificação histórica. Para tanto, optou-se pela tese da ilustre doutrinadora Ana Sofia Schmidt de Oliveira (p. 13-62) que, de maneira crítica, aborda as diferentes fases da vítima, indo da chamada Idade de Ouro, passando pelo Ostracismo e chegando ao seu Redescobrimento.

### 2.2.1 O protagonismo na “Idade de Ouro”

A Idade de Ouro da vítima, muitas vezes, é tida como correspondente à chamada fase da vingança privada, a primeira das fases da pena segundo clássica divisão adotada por E. Magalhães Noronha (2001, p. 20): “Em regra, os historiadores consideram várias fases da pena: a *vingança privada*, a *vingança divina*, a *vingança pública* e o *período humanitário*”.

Julio Fabbrini Mirabete (2003, p. 35), é possível apreender algumas características da fase de vingança privada:

Na denominada fase da *vingança privada*, cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que agiam sem proporção à ofensa, atingindo não só o ofensor, como também todo o seu grupo. Se o transgressor fosse membro da tribo podia ser punido com a “expulsão da paz” (banimento), que o deixava à mercê de outros grupos, que lhe infligiam, invariavelmente a morte. Caso a violação fosse praticada por elemento estranho à tribo, a reação era a “vingança de sangue”, considerada como obrigação religiosa e sagrada.

Logo, haveria um protagonismo em que a vítima era juíza e senhora na aplicação da pena, punindo seu ofensor, juntamente com sua família ou grupo social, tempo de direito penal privado anterior à constituição do Estado.

O que se deve advertir, entretanto, é que a vítima talvez nem fosse tão protagonista como se convencionou dizer e, ainda, tais fases da pena são lineares para explicar a evolução. Citando-se Schmidt de Oliveira (p. 19-20):

As práticas penais das civilizações mais distantes guardam uma forte marca teocrática, o que implica na virtual identificação entre o crime e pecado. Este fato, por si só, já demonstra que a prática do crime envolvia questões que transcendiam ao interesse exclusivo das partes envolvidas.

Há que se alertar também para a denominação *vingança privada*, pois Ana Schmidt (p. 18), baseada em Bettiol, afirma que não haveria natureza privada nessa fase. Isto porque, antes da existência de um Estado, a família era como uma entidade pública e o *pater familias* é quem realmente poderia realizar a vingança, como um detentor de poder público.

Depois de feita a ressalva de que a vítima não era tão protagonista e de a vingança privada não pode ser considerada tão privada quanto possa parecer,

Schmidt (p.19) adverte qual período, que embora não preciso, pode ser considerado a chamada “Idade de Ouro” da vítima, bem como quando ocorre seu fim, com o “Ostracismo”:

[...] é possível então falar do período identificado como a ‘Idade de Ouro’ da vítima como sendo aquele que compreende desde os primórdios da civilização até o fim da Alta Idade Média. Com o início da Baixa Idade Média (século XII), período marcado pela crise do feudalismo, pelas Cruzadas e surgimento do processo inquisitivo, a vítima inicia seu caminho rumo ao ostracismo, sendo substituída, no conflito de natureza criminal, pelo soberano. É de fato, um período histórico extremamente largo, o que, por si só, faz temerária qualquer classificação e dificulta a exata compreensão da evolução. Esta, de qualquer forma, só é possível com o abandono da ideia de evolução linear e progressiva do direito penal.

Detalhar-se-á, a seguir, sobre a “Idade de Ouro”, fazendo-se a análise sobre povos e codificações.

#### 2.2.1.1 A vítima nas sociedades primitivas

A expressão sociedades primitivas refere-se, para a maioria dos autores, às sociedades remotas em sentido temporal.

Antonio Scarance Fernandes (p. 13), ao relatar sobre o papel da vítima em sociedades primitivas, vale-se da classificação tradicional e usa a terminologia vingança privada. Caracteriza tal época como uma fase em que a vítima e sua família vingavam-se de maneira cruel contra o ofensor, sempre marcado por um caráter fortemente religioso.

Helena Cláudio Fragoso (1987, p. 23) leciona em mesma direção:

Nas sociedades primitivas o direito não é mais do que um dos aspectos da religião, de sorte que a reação punitiva apresentava caráter religioso, surgindo a pena com *sentido sacral*. A *vingança de sangue* exercida pela vítima ou seus parentes é dever sagrado, visando aplacar a ira da divindade. A pena é, assim, expiação religiosa.

Logo, em sociedades primitivas, sem organização estatal, mas com forte presença religiosa, a vítima e sua família exerciam a pena sobre o ofensor de maneira desmedida. Era o ofendido protagonista do direito penal primitivo.

Já para Ana Sofia Schmidt de Oliveira (p. 20), as sociedades primitivas não são somente aquelas tidas pelo caráter temporal, mas incluem-se também aquelas sociedades tribais de pouca organização que perduram no mundo moderno. Segundo a autora, pela análise dessas tribos remanescentes, pode-se perceber que, na organização social primitiva, o crime não é fenômeno comum. *In verbis*: “A prática de crimes nas sociedades tribais não é fenômeno comum. O alto grau de coesão social, o ajustamento do homem às normas do grupo, as fracas exigências da vida, tudo contribuía para a ausência de conflitos internos”.

A doutrinadora afirma, ainda, que diferentemente do que possa parecer, a vítima não era tão preponderante na punição dos crimes que ocorriam nas sociedades primitivas, justamente pelo caráter religioso da época, igualmente citados pelos doutos supramencionados (p.23):

[...] ainda que a vítima participasse dos rituais punitivos, a finalidade maior de tais práticas era restabelecer a coesão social abalada pela prática do crime. O interesse do grupo na manutenção da coesão social – especialmente por suas raízes religiosas – sobrepuja-se ao interesse individual.

Assim, o protagonismo que se busca na vítima das sociedades primitivas é, na verdade, mitigado por um interesse coletivo e o cumprimento de um dever religioso. A premissa de que a pena era aplicada pela vítima e para sua satisfação pessoal não é totalmente correta.

Após esse período chamado pela doutrina tradicional de vingança privada, houve uma evolução da pena que passa a ter interferência de um ente estatal, uma proporção. Scarance Fernandes (p. 13) diferencia essa fase de codificação da fase de vingança privada, chamando-a de fase da justiça privada.

O papel da vítima muda juntamente com a pena, por isso, importante é a análise das principais codificações criadas em tal época.

#### 2.2.1.2 O Código de Hammurabi

O Código de Hammurabi, da Babilônia, é tido como umas das leis escritas mais antigas da humanidade. Não existe precisão quanto ao ano em que foi

elaborado, sendo que E. Magalhães Noronha (2001, p. 21) afirma que o *Codex* data do século XXIII A.C., já Schmidt de Oliveira (p. 22) data-o do século XVII a. C.

Hammurabi foi um dos primeiros reis babilônios e o Código elaborado durante seu reino adotou a famosa lei ou princípio do talião e tinha forte cunho religioso. Em seara penal, a adoção de tal lei trouxe grande importância à aplicação da pena e ao papel da vítima, pois estabelecia que o castigo ao ofensor deveria ser aplicado proporcionalmente, famosa máxima “olho por olho, dente por dente”.

As penas que poderiam ser aplicadas pela vítima eram severas, como adverte Noronha (2001, p. 21), mas guardavam rigorosíssima proporção: “A preocupação com a justa retribuição era tal que, se um construtor construísse uma casa e esta desabasse sobre o proprietário, matando-o, aquele morreria, mas se ruísse sobre o filho do dono do prédio, o filho do construtor perderia a vida”.

Mas, o mesmo doutrinador afirma que outra conquista do *Codex* é a possibilidade de composição entre a vítima e o ofensor. Este poderia, por meio de pagamento com moedas, vestes ou armas, evitar a represália daquele.

Para Scarance Fernandes (p. 13), saindo um pouco da tradicional divisão das fases das penas, a adoção da lei de talião fez com que a vingança privada passasse à justiça privada:

Se pretendessem punir o autor do crime, a vítima e seus parentes deviam dirigir-se a um representante da comunidade, ou autoridade pública, incumbindo de verificar se eram obedecidas determinadas regras formais e se a *vindita* não ultrapassava os limites estabelecidos pelas normas de índole religiosa ou jurídica então vigorantes.

Na divisão clássica das fases penais, o Código de Hammurabi corresponde à vingança divina, por ser fase em que os povos passam a adotar a pena como expiação ao pecado.

Fica claro aqui que a vítima, apesar de ainda aplicar a pena por suas próprias mãos, num direito penal privado, nessa sociedade com maior organização social, perdia mais seu papel principal, pois tinha que obedecer à proporcionalidade estabelecida e à religião.

### 2.2.1.3 O Código de Manu

O Código de Manu é originário da Índia, sua data de elaboração não é precisa (entre o século XIII e V A.C.), tem forte conteúdo religioso, pois vem de uma sociedade estabelecida por castas intransponíveis, onde crime e pecado se confundem e a pena é sinônimo de purificação. Assim como o Código de Hammurabi, tal lei também é enquadrada na fase da chamada vingança divina, pelo forte cunho religioso do qual se reveste.

Apesar do código também adotar o princípio do talião, os brâmanes, casta superior, não recebiam mesma pena que classes inferiores (sudras), a vítima não era senhora na aplicação de penas ao seu ofensor. Nas palavras de Schmidt de Oliveira (p. 25):

Mais que uma preocupação com o particular que fosse eventualmente vítima do crime, as disposições do Código de Manu visavam à proteção dos valores brâmanes, cujo poder era superior ao do soberano. A faculdade de impor penas era exercida pela autoridade terrena por delegação divina e os integrantes de casta superior, os brâmanes, deveriam ser consultados sempre.

Logo, na Índia antiga, a vítima tinha pouca importância, dependendo da casta a que pertencia, exercia um papel secundário diante do tradicionalismo religioso.

### 2.2.1.4 O direito hebreu

O direito hebreu, igualmente presente na fase de vingança divina, é encontrado no antigo testamento bíblico, vigorando, assim como o Código de Hammurabi e Manu, a lei de talião, mas havia distinção entre dolo e culpa.

Schmidt de Oliveira (p. 25) ressalta que, no direito hebreu, o talião também dá lugar a uma pena de caráter indenizatório, “cuja finalidade é compensar a vítima em algumas hipóteses [...]”.

### 2.2.1.5 A Lei das XII Tábuas e o direito penal em Roma

Ao contrário dos babilônios, indianos e hebreus, os romanos separaram o direito penal da religião, o que, como afirma Schmidt de Oliveira (p. 26), “[...] é algo raro nos povos antigos”.

A partir da instituição da República romana (590 a. C), marco da separação entre a religião e o Estado, o direito penal romano passa a ser laico e a legislação marcante da época foi a Lei das XII Tábuas. Na divisão clássica, é o período da vingança pública, o fim da vingança divina.

A Lei das XII Tábuas romana estabeleceu uma divisão entre *crimina publica* (*perduellio*, crime contra a segurança da cidade, e *parricidium*, morte do *civis sui juris*) e *delicta privata*. A punição dos delitos públicos era a cargo do Estado, enquanto os delitos privados cabiam às vítimas.

Atente-se à descrição feita por Heleno Cláudio Fragoso (p. 26) sobre os delitos privados da Lei da XII Tábuas:

A *Lei das XII Tábuas*, promulgada em 453-51 A.C., como resultado da luta entre patrícios e plebeus, contém numerosas disposições penais, nas tábuas VII a XII. Constitui ela positiva limitação da vingança privada, especificando os crimes privados e determinando a pena de *talião*, consentindo-se, porém, na composição, para evitar vingança privada. Nos casos menos graves, era a vítima forçada aceitar a compensação oferecida pelo culpado (*poena, damnum*). Os crimes privados (furto, dano, injúria) eram sempre sujeitos às penas patrimoniais, que consistiam no duplo ou quádruplo do valor do dano.

Os crimes públicos previam penas como a morte e o desterro, sendo a pena proporcional à ofensa.

Assim, a vítima, na República romana, perde seu papel como sujeito ativo na persecução penal para todos os delitos, restando-lhe delitos privados, como o furto, e, ainda assim, não poderiam nem aplicar ao talião a seu bel-prazer, ficando muitas vezes adstrita à composição em delitos considerados menos graves. Um dos antecedentes da preocupação da reparação do dano à vítima.

Com o fim da República e início do Império, surgem os delitos extraordinários, que se encontram entre os delitos públicos e privados e eram também apenados pelo Estado, diminuindo-se ainda mais a participação da vítima na imposição de pena.

Os romanos construíram grande império, principalmente no continente europeu, onde seu direito penal foi hegemonia até queda causada pelos bárbaros, o povo germânico. Foi redescoberto pelos glosadores no século XII, tendo, ainda, grande influência sobre o sistema jurídico brasileiro atual.

Após a queda do Império Romano, passa-se ao domínio dos povos bárbaros e seu direito penal.

#### 2.2.1.6 O antigo direito penal germânico

O direito penal germânico predominou, segundo Zaffaroni (1997, p. 191) do século V até o século XI D.C. No início, os germânicos possuíam um direito de caráter individualista, passando, posteriormente, para um direito penal público com o fortalecimento do Estado. Note as características apontadas pelo douto:

A pena mais grave conhecida pelo direito penal germânico foi a “perda da paz” (*Friedlosigkeit*), que consistia em retirar-se a tutela social do apenado, com o que qualquer pessoa podia matá-lo impunemente. Nos delitos privados se produzia a *Faida* ou inimizade contra o infrator e sua família. A *Faida* podia terminar com a composição (*Wergeld*), consistente em uma soma de dinheiro que era paga ao ofendido ou sua família, ou também mediante o combate judicial, que era a ordália, ou seja, o juízo de Deus. As ordálias eram muito comuns entre os germanos. Todo seu direito penal tinha um caráter marcadamente individualista.

Schmidt de Oliveira (p. 28), afirmando que o direito feudal foi o direito germânico, explica que a pena de “perda da paz” decorre do fato de que aquele que praticou um delito quebrou a paz, então deve ser punido com a perda desta. Os germanos, em primórdios de seu direito penal, tinham delitos de natureza privada e, nesses casos, a vítima tem sua paz quebrada e ela exerce sobre o ofensor sua vingança de sangue, assim surge a *Faida*. Esta poderia ser substituída pela composição, ou seja, pela reparação do dano causado à vítima. Aspecto interessantíssimo do direito penal germânico, embora não lhe seja exclusivo.

Helena Cláudio Fragoso (p. 30) aponta hipóteses de composição práticas:

A composição, em verdade, apresentava um caráter misto de ressarcimento e pena. Nela distinguem-se a *Wergeld* ou *Manngeld*, que era a soma em

dinheiro a ser paga à família da vítima, em caso de homicídio e crimes a ele assimilados, e a *Busse*, que era a indenização aplicável aos crimes de menor gravidade.

Os germanos eram julgados pela ordália, onde o ofensor se submetia a uma série de “provas” para demonstrar sua inocência. Hidejalma Muccio cita algumas (2000, p. 57):

[...] “água fervente” (o acusado colocava o braço dentro da água fervente e, se, ao retirá-lo, não houvesse sofrido nenhuma lesão, era inocente...), a da “água fria” (o acusado era arremessado à água: se submergisse, era inocente; se permanecesse à superfície, era culpado), a do “ferro em brasa” (o acusado devia segurar por algum tempo um ferro incandescente e, caso não se queimasse, era inocente...).

O direito penal germânico fora, como nos ensina a doutrina, em seu início, um direito de caráter individualista. A vítima, que sofria com a perda de sua paz, aplicava sobre seu ofensor a vingança ou propunha a composição em dinheiro, ou, ainda, pela submissão às ordálias. Formava-se uma relação entre vítima e ofensor, como um conflito bélico, nas palavras de Zaffaroni (p. 191): “Seu caráter privatista e individualista provinha de sua natureza de povo guerreiro, em que a paz era vista como o direito e a ordem”.

Outra importante característica do direito penal germânico apontada pela doutrina é que, ao contrário dos romanos, o delito era analisado sob o aspecto objetivo, sem preocupação se o ofensor agiu por dolo ou culpa. E. Magalhães Noronha (2001, p. 23), *in verbis*: “Característico ainda das leis bárbaras é o relevo do elemento objetivo do crime. Não há grande preocupação com a culpa (sentido amplo), ou com o elemento subjetivo do delinquente; decide o dano material causado”.

Entretanto, com o fortalecimento do Estado germânico, essa característica individualista foi enfraquecida, a vingança de sangue não era interessava à nova realidade e a composição que era opcional à vítima, passou a ser obrigatória. Schmidt de Oliveira (p. 29) explica que o critério de indenização à vítima era definido pelo seu *status* e o não cumprimento da obrigação devolvia ao ofendido o direito à vingança privada.

Passada a hegemonia do direito germânico, o direito penal europeu, após o redescobrimento do direito romano pelos glosadores, torna-se um misto entre este e aquele, permeado pelo direito canônico.

Justamente essa influência religiosa, que se fortalece a partir do século XII, é que a vítima começa a ser esquecida.

#### 2.2.1.7 A influência do direito canônico

O direito penal canônico influenciou o direito europeu entre o fim do século IX e o século XIII.

Schmidt de Oliveira (p. 31) atribui o desenvolvimento do direito canônico à clandestinidade inicial do Cristianismo, pois pela perseguição que sofriam no início da Era Cristã, os seguidores de Cristo viviam de forma clandestina e não poderiam recorrer ao Estado para solucionar seus conflitos. Assim, quando não havia a composição voluntária, procuravam os bispos e padres.

Tudo mudou a partir do ano 313, quando o imperador Constantino, através do Édito de Milão, autorizou que os cristãos praticassem sua religião. Já em 379, o imperador romano, Teodósio I, declarou o Cristianismo como única religião do Estado.

O Cristianismo foi, aos poucos, tornando-se a religião oficial em toda Europa, tendo seu poder máximo alcançado na Alta Idade Média.

Helena Cláudio Fragoso (p. 32) aponta como era feita a divisão de delitos no direito canônico:

O direito canônico dividia os crimes em *delicta ecclesiastica* (de exclusiva competência dos tribunais eclesiásticos); *delicta mere secularia* (julgados pelos tribunais leigos) e *delicta mixta*, os quais atentavam ao mesmo tempo contra a ordem divina e a humana e poderiam ser julgadas pelo tribunal que primeiro deles conhecesse.

As influências do direito canônico são consideradas benéficas pelos doutrinadores. Zaffaroni (p. 192) afirma que a principal virtude desse direito foi considerar o elemento subjetivo dos delitos, ao contrário do que faziam os germânicos.

Quanto às penas, valendo-se mais uma vez de Zaffaroni (p. 192):

Seu conceito penitencial o inclinava a ver no delito e no pecado a escravidão, e na pena a liberação. Daí que a pena se incline a um sentido de tutela que, extremado, desemboca no procedimento inquisitorial. [...] Teve o mérito de introduzir a prisão mediante a reclusão em celas monásticas, e daí provém o nome de 'penitenciária', usado até hoje.

Logo, por influência do direito canônico é que a pena de morte tornou-se menos comum e foram introduzidas penas privativas de liberdade.

Da influência cristã no direito, vale destacar que: “Contra a vingança privada, criou o *direito de asilo e as tréguas de Deus*. Combatendo aquela, sem dúvida, fortalecia o poder público.” (NORONHA; 2001 p. 23).

Fragoso (p. 32) explica o que eram as tréguas de Deus: “[...] da tarde de quarta-feira à manhã de segunda-feira nenhuma reação privada era admissível, sob pena de excomunhão”.

Então, a vingança privada passa a ser combatida pelos cristãos, fato que fortalece a pena imposta pelo Estado.

Esse combate à vingança privada feita pelo direito canônico é apontado por Schmidt de Oliveira (p. 32) como o início do período de ostracismo da vítima, saindo do papel principal, “passa a ser vista sob um enfoque utilitário, como mero repositório de informações”.

### 2.3 Rumo ao Ostracismo

Após a análise feita sob a chamada “Idade de Ouro” da vítima, o que se pôde concluir é que a vítima como protagonista na punição de seu ofensor, em época de direito penal privado, não é absoluta. Os germânicos ou bárbaros foram os que mais a valorizaram em seu direito penal mais antigo, mas com o fortalecimento do Estado, foi sendo ela esquecida.

A douta Schmidt de Oliveira (p. 32) faz esta análise sobre a “Idade de Ouro”:

A análise histórica demonstra que o protagonismo da vítima em tempos distantes não deve ser superestimado de modo a autorizar uma suposição de sua primazia absoluta ou, ainda, de modo a supor a existência de uma resposta ao delito isolada do contexto social. O referido protagonismo não deve, ainda, ser visto como uma ampla e irrestrita liberdade conferida à

vítima para buscar, da forma que melhor lhe aposses, a compensação pelo mal sofrido.

Passando-se por essa fase inicial, que, repita-se, não pode ser interpretada de forma absoluta e linear, a vítima passa a ser esquecida no sistema penal, passando a assumir um papel de coadjuvante, “relegada a um papel circunstancial, informativo.” (OLIVEIRA, p. 32). É a vítima rumo aos ostracismo.

### 2.3.1 A vítima e a evolução do direito penal a partir do século XII

Nas palavras de Scarance Fernandes (p. 15):

O prestígio vivido pela vítima na Antiguidade começa a mostrar enfraquecimento na Idade Média. Os senhores feudais a Igreja e os reis passaram e se responsabilizar pela punição dos culpados e, paulatinamente, pela iniciativa dos procedimentos.

Então, no final da “Idade de Ouro”, a vítima começa a perder seu papel na persecução penal por influência do direito canônico, como mostrado, e pelo direito feudal que era basicamente composto pelo direito germânico em sua fase de fortalecimento estatal.

Após esse início da decadência, a vítima teve sua função substituída totalmente pelo Estado, que tomou para si o *jus puniendi* e o direito penal deixou de ser privado para ser público. Mais uma vez, valendo-se de Scarance Fernandes (p. 15), após o fortalecimento das Monarquias e o surgimento do Estado Moderno: “O direito penal é considerado de ordem pública, sendo o crime visto como ofensa à boa ordem social, cabendo ao soberano ou ao Estado reprimi-lo”.

Schmidt de Oliveira (p. 33) aponta o século XII como o período em que as práticas privadas passam a ser substituídas pelo monopólio público.

Tal época, em que a persecução penal transaciona de privada para pública, marca o surgimento de uma figura análoga ao que, hoje, é o Ministério

Público<sup>2</sup>. A doutrina aponta uma legislação francesa de 1302, como sendo a primeira norma escrita a falar sobre os Procuradores: “Foi a *Ordonnance* de 1302, de Felipe, o Belo, Rei da França, o primeiro texto normativo que se referiu ao Ministério Público, tratando dos ‘procuradores do Rei’ [...]” (ARAÚJO, 2008, p. 408).

Schmidt de Oliveira (p. 33-34), mais uma vez acionada, afirma que “[...] o procurador surge como representante do soberano e assume o papel de ‘dublê’ da vítima”.

Explica a referida doutra que a legitimidade do procurador vem do fato do soberano ser o representante do poder e da ordem lesada pelo delito. Ainda, a reparação não era mais voltada à vítima, mas ao próprio soberano, na qualidade de parte lesada pelo crime. Essa é apontada como a origem da pena de confisco.

Importantíssimo destacar: “Todas essas mudanças na administração do conflito penal fazem surgir a noção de infração que substitui a noção de dano no momento em que o soberano substitui a vítima.” (OLIVEIRA, p. 34).

O que se conclui de tal afirmação é que antes o delito era sinônimo de dano e, conseqüentemente, reparação à vítima. Depois da estatização do direito penal, o delito passa a ser visto como um ato de infração à ordem pública. Nesse ponto, fica claro entender que a vítima e seus interesses são deixados de lado frente aos interesses do Estado.

Como já mencionado, a vítima foi afastada da persecução penal pelo fortalecimento do Estado e influência do direito canônico. Esse afastamento segue até a II Guerra Mundial.

Durante o período de fortalecimento do Estado, as penas aplicadas ao ofensor eram cruéis. Por isso mesmo, no desenvolvimento da ciência penal, a preocupação com o delito voltou-se essencialmente para o criminoso. Scarance Fernandes (p. 16), resumidamente, descreve a preocupação doutrinária da época:

As primeiras e justas preocupações voltaram-se para o réu, não para a vítima. Com a influência do Iluminismo e da Escola Clássica as penas são humanizadas: repudiam-se os castigos corporais; elimina-se ou se limita bastante a pena de morte; extirpam-se as penas infamantes. Desenvolvem-se, principalmente sobre os auspícios da Escola Positiva, estudos sobre a pessoa do delinquente. No processo, busca-se assegurar ao acusado maiores oportunidades de defesa. Discute-se sobre a construção de presídios onde possa a dignidade do condenado ser preservada. Aquele que já resgatou sua pena deve ser reabilitado. A vítima está relegada a

---

<sup>2</sup> Não que antes não houvera instituição similar. Tourinho Filho (2010, p. 388) cita vários exemplos anteriores, como o *Gemeiner Anklager*, do Direito germânico.

plano inferior, esquecida pelos estudiosos. Argumentava-se que sua atuação era movida pelo sentimento de vingança, não de justiça, e, por isso, devia ser limitada a sua participação no processo criminal.

Assim, o cenário era desfavorável a qualquer preocupação com a vítima do delito, a doutrina preocupa-se com os criminosos, o crime em seu aspecto formal, as garantias dadas ao acusado.

Somente a partir do século XX é que a vítima dá sinais de redescobrimto, voltando a ser objeto de preocupação doutrinária e legislativa.

## **2.4 Evidências do Redescobrimto**

Como uma última “fase” (a atual) do desenvolvimento do papel da vítima na persecução penal, a doutrina aponta um redescobrimto desta. Schmidt de Oliveira (p. 56-57) cita alguns fatores que levam a esse apontamento.

Primeiramente, a autora afirma que há uma maior quantidade de obras doutrinárias que são dedicadas ao estudo da vítima, principalmente após o nascimento da Vitimologia. Além disso, ocorrem mais congressos e seminários mundiais sobre o assunto.

Mesmo que a autora não cite, pode-se falar também das mudanças legislativas que ocorreram e estão ocorrendo, inclusive no Brasil.

A grande preocupação da autora é, contudo, o termo utilizado “redescobrimto” ou “redescoberta”. Isto porque o papel que a vítima alcança hoje na persecução penal não pode ser comparado com o que ela exercia em sua “Idade de Ouro”. Ora, a vítima não aplica pena, não se vinga de seu agressor. Por isso, a autora prefere chamar tal fase de “movimento vitimológico”.

Seja como qual for a denominação, no século XX surgiram novas preocupações em relação à vítima que havia sido esquecida, começando pela discussão sobre a reparação dos danos civis da infração penal.

### 2.4.1 Século XX e a saída do ostracismo

Para Scarance Fernandes (p. 18), o século XX assistiu a saída da vítima do ostracismo (e o século XXI continua assistindo). O autor faz um contexto histórico a este respeito:

Passado o período das duas guerras mundiais, voltam-se atenções para as vítimas de infrações penais, principalmente em virtude da escalada do crime e do vertiginoso crescimento da criminalidade violenta e organizada, mas também para as vítimas das violações dos direitos humanos por governos e organismos oficiais, de maneira mais acentuada em relação às minorias e aos mais desprotegidos.

Nesse contexto, a vítima passa a ser objeto de preocupação, surgiram vários congressos internacionais sobre o assunto e também reuniões no Brasil. O primeiro Simpósio Internacional de Vitimologia realizado de 2 a 6 de setembro de 1973, em Jerusalém.

A preocupação nesses simpósios, como mostra Scarance Fernandes (p. 19), voltou para a reparação de danos às vítimas, inclusive com proposta de criação de fundos estatais, e também à participação da vítima no processo penal.

Em 29 de novembro de 1985, foi aprovada a “Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delito e Abuso de Poder”, que trata, entre outros temas, do acesso à justiça para a vítima, direito de restituição pelos danos causados pelos delitos, entre outros.

Schmidt de Oliveira (p. 66) aponta a gênese da ciência da Vitimologia, do movimento vitimológico no período pós-guerra, entre as décadas de 1970 e 1980.

#### 2.4.1.1 Da reparação de danos

Nessa saída do ostracismo, mais uma valendo-se de Scarance Fernandes (p. 16), o primeiro aspecto que se levantou foi a reparação de danos à vítima.

Ocorre que, mesmo quando o ofendido ainda estava esquecido, havia algum interesse no estudo da reparação. A Escola Positivista, que teve seu auge ainda na fase de esquecimento, já manifestava interesse sobre o tema:

Para eles havia diferença fundamental entre as indenizações civis e as que derivam de uma infração penal, pois nestas, ao contrário daquelas, existe interesse público na total restauração da ordem violada pelo crime, na qual se inclui além da punição do autor o ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima. (FERNANDES, p. 17)

Então, a preocupação inicial com a vítima foi voltada à reparação de danos.

A legislação penal brasileira nos demonstra isso. O Código Penal prevê diversas situações de reparação de danos à vítima: concessão de *sursis* especial (art. 78, § 2º); condição para o livramento condicional (art. 83, IV); causa de diminuição de pena (art. 16), atenuante (art.65, III, “b”), entre outras.

A Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95) prevê a reparação de danos civis como fase anterior e prejudicial ao início da ação penal.

Mais recentemente, modificações feitas no Código de Processo Penal são exemplos disto. A Lei 11.719 de 2008 alterou a redação do artigo 387, inciso IV<sup>3</sup> e adicionou o parágrafo único do artigo 63<sup>4</sup> do *Codex* e estabeleceu que o magistrado fixe valor mínimo para a reparação de danos civis à vítima.

José Baltazar Júnior (2009, p. 284) comenta a respeito dessas modificações legislativas no ordenamento jurídico brasileiro que visam garantir a reparação de danos à vítima:

Contemporaneamente, fala-se em *redescoberta* ou *redescobrimto* da vítima e, em consequência, no aumento da preocupação com a reparação do dano no âmbito do processo penal, sendo certa que o dever de indenizar o sujeito passivo do crime é matéria de consenso.

Logo, quando se fala na redescoberta da vítima, o primeiro aspecto apontado é a reparação de danos causados pela infração penal, sendo que,

<sup>3</sup> Art. 387 [...] IV – fixará o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

<sup>4</sup> Art. 63 [...] Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

atualmente, perdura tal preocupação com o tema no Brasil, havendo, inclusive, modificações nos textos legais.

#### 2.4.1.2 Participação da vítima no processo penal

Quando se abordou o período de ostracismo da vítima em âmbito penal, se afirmou que esta foi posta de lado, saindo de sujeito ativo para mero elemento informativo da persecução penal, sendo substituída pelo Ministério Público.

Com a redescoberta da vítima, o papel desta no processo também está se modificando. No processo penal brasileiro, por exemplo, a vítima pode se inscrever como assistente de acusação (art. 268 do CPP); nomear assistente técnico para auxiliá-la na produção de prova pericial (art. 159, § 3º do CPP); ofertar queixa-crime subsidiária se o Ministério Público não interpuser denúncia no prazo legal (art. 5º, LIX da CF), entre outros.

Conclui-se que a vítima deixa, aos poucos, de ser mero elemento informativo na ação penal, passando a ter maior participação na defesa de seus interesses.

### 3 A VÍTIMA NA PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

Como visto, a vítima vem sendo descoberta em seara penal e, na persecução penal brasileira, a saída do ostracismo está ocorrendo.

O presente capítulo tratará das formas de participação da vítima no processo penal do Brasil, analisando-se sua importância de forma crítica em cada etapa, desde a fase inquisitiva.

#### 3.1 Inquérito Policial

O inquérito policial é a principal forma de início da persecução penal no Brasil. A competência para sua realização é, em regra, da Polícia Civil ou, como também denominada, Polícia Judiciária.

Por meio desse procedimento administrativo, são recolhidas evidências que servirão como escopo à futura ação penal, ou seja, são investigadas a materialidade delitiva, as circunstâncias e autoria do fato criminoso, por fim, a justa causa da ação.

Nas palavras de Tourinho Filho (p. 108) o inquérito policial “é um conjunto de diligências realizadas pela Polícia Civil ou Judiciária (como a denomina o CPP), visando elucidar as infrações penais e sua autoria.” Ainda segundo o douto, o inquérito “visa à apuração da existência de infração penal e a respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos que o autorizem a promovê-la”.

Nestor Távora e Antonni (2009, p. 72) afirmam, por sua vez, que:

O inquérito policial vem a ser um procedimento administrativo, preliminar, presidido pelo delegado de polícia, no intuito de identificar o autor do ilícito e os elementos que atestam a sua materialidade (existência), contribuindo para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, ou seja, fornecendo elementos para convencer o titular da ação penal se o processo deve ou não ser deflagrado.

A investigação penal no Brasil, porém, não se resume ao inquérito policial, existem outras formas de inquérito, como o parlamentar, o inquérito civil presidido pelo Ministério Público que pode ensejar a Ação Civil Pública. Para os delitos abarcados pelo rito da Lei nº 9.099 de 1995, v.g., o inquérito é substituído

pelo termo circunstanciado, peça de menor complexidade para atender aos princípios do Juizado Especial Criminal. Até mesmo para os delitos não inseridos no Jecrim, o inquérito é dispensável se já existem elementos necessários para iniciar a fase processual.

Entretanto, mesmo que dispensável, o inquérito é, como dito, a forma mais utilizada para a investigação de crimes. A sua finalidade precípua, de acordo com o afirmado pelos doutos supracitados, é de angariar indícios para formar a convicção do autor da ação penal.

O que normalmente não é lembrado pelos doutos, todavia, é que o inquérito policial é de grande interesse da vítima (não somente na ação penal privada), bem como, a vítima é interessante para o inquérito policial.

Primeiramente, a análise que deve ser feita é do interesse da vítima sobre a investigação criminal. Na verdade, isso não é uma tarefa difícil.

Em crimes patrimoniais, comuns no dia-a-dia, a maior chance que o lesado tem de recuperar objetos expropriados é durante a investigação policial. Após o primeiro momento, a probabilidade diminui gradativamente.

A respeito, Scarance Fernandes (p.61):

Finalmente, já na fase investigatória, há certas diligências que buscam satisfazer interesse pecuniário da vítima. Isso sucede muito nos crimes patrimoniais com apreensão e devolução da coisa que lhe foi retirada pela prática do crime.

Além do aspecto de recuperação de coisas, a produção de prova durante a fase inquisitorial é de interesse do ofendido, pois muitas provas, principalmente periciais, são produzidas antes do processo e, por vezes, não podem ser reproduzidas. A condenação do ofensor depende de uma boa investigação policial e essa condenação facilita para a vítima a reparação dos danos causados, além de lhe saciar a busca por justiça.

Por fim, cabe demonstrar o interesse do inquérito na participação da vítima. Quanto a isso, adverte Scarance Fernandes (p. 59):

Mas não é só sob o ângulo da vítima que interessa esse contato com os órgãos policiais, pois, na maioria dos casos, o próprio sucesso da investigação e, conseqüentemente, o bom resultado final do processo dependem muito do interesse da vítima em colaborar.

O interesse do ofendido em colaborar com as investigações é relevante, já que ele é quem apresenta testemunhas, reconhece pessoas, objetos, enfim, fornece informações preciosas para o êxito policial.

Ademais, o ofendido é essencial para dar prosseguimento ao inquérito nos crimes de ação pública condiciona à representação e de ação privada, artigo 5º, parágrafos 4º e 5º, conseqüentemente.

Sendo assim, percebe-se que existe uma relação de mútuo interesse entre vítima e investigação criminal. Por isso, passa-se a analisar essa relação.

### 3.1.1 Ofendido e instauração de inquérito

Antes da instauração de um inquérito policial propriamente dito, existem causas que dão início à investigação policial. A doutrina nomeia de *noticia criminis* ou notícia do crime o momento a partir do qual se iniciará as diligências em busca do criminoso.

Tourinho Filho (p. 117) apresenta três formas de *noticia criminis*, a primeira que se dá por cognição imediata, quando a própria Polícia Civil conhece do crime em suas atividades rotineiras; a segunda é a cognição mediata, quando a vítima ou quem legalmente a represente ou, ainda, o Ministério Público ou Autoridade Judicial que leva a conhecimento da Polícia o fato criminoso e, por fim, a terceira chamada de cognição coercitiva que ocorre nos casos de prisão em flagrante do acusado.

Há, ainda, que se falar da *delatio criminis*, prevista no Código de Processo Penal no parágrafo 3º do artigo 5º:

Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações mandará instaurar o inquérito.

Trata-se de faculdade que qualquer cidadão tem de denunciar crimes de ação pública.

Quanto à instauração do inquérito, pode se dar de algumas maneiras. Vicente Greco Filho (2009, p. 79) aponta quais são os modos para a instauração:

Instaura-se formalmente o inquérito de ofício, por portaria da autoridade policial, pela lavratura de flagrante, mediante representação do ofendido ou requisição do juiz ou do Ministério Público, devendo todas as peças do inquérito ser, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas.

O ofendido pode, por tanto, requerer a instauração do inquérito policial, nada mais coerente, visto que ele tem interesse direto pela instauração. Segundo o artigo 5º, parágrafo 1º, o requerimento deve conter, sempre que possível, a narração do fato com suas circunstâncias; individualização do autor do fato e testemunhas.

Além do interesse da própria vítima, o requerimento por ela formulado à Autoridade Policial auxilia na própria busca da dita “verdade real” na persecução criminal. Nesse sentido, Marco Antonio de Barros (2010, p. 262): “Arrima-se com esse poder de peticionar o dever de comunicar à mesma autoridade todos os elementos que sejam do seu conhecimento e que possam contribuir para o descobrimento da verdade envolvendo o fato delituoso noticiado”.

No mesmo intuito da busca pela verdade, o ofendido também poderá requerer à Autoridade, Policial ou Judiciária, a realização de diligência<sup>5</sup>.

Mas o que se questiona é se a Autoridade Policial poderá se recusar a instaurar o inquérito diante de um requerimento da vítima.

O requerimento, como ensina Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 153), “é uma solicitação, passível de indeferimento [...]”. Por tanto, a autoridade policial tem o poder de negar a instauração do inquérito se achar desnecessário ante o requerimento do ofendido.

Diante da recusa na instauração do inquérito, cabe ao ofendido recorrer ao Chefe de Polícia, que atualmente, segundo Nucci (p. 156), é a função exercida pelo Delegado-Geral de Polícia. Sendo na Polícia Federal, essa função cabe ao Diretor-Geral da Polícia Federal (DEMERCIAN; MALULY, 2005, p. 45).

Além de recorrer ao Chefe de Polícia, Nucci (p. 156) aponta uma solução mais célere, que é recorrer ao Ministério Público e mesmo ao Juiz da Comarca, que poderão requisitar a instauração, que dificilmente será negada pela Polícia.

---

<sup>5</sup> Art. 14 do CPP: O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

### 3.1.2 Inquérito na ação penal pública condicionada e privada

Nos crimes de ação penal privada exclusiva, o inquérito será instaurado somente com o requerimento da vítima (art. 5º, §5º do CPP) e, nos crimes de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, o inquérito não será instaurado sem esta (§4º).

Então, segundo a lei processual penal, nos crimes de ação penal privada exclusiva, somente o requerimento da vítima é que poderá dar ensejo ao inquérito policial, enquanto nos delitos de ação penal pública aquele é somente uma das formas de instauração deste.

O requerimento do parágrafo quinto será nos mesmos moldes já tratados, ou seja, deverá ser feito pelo ofendido ou quem legalmente o represente e conterá a narração do fato, individualização do acusado e rol de testemunhas sempre que possível (artigo 5º, § 1º do CPP). Ademais, vale o mesmo quanto ao indeferimento pela Autoridade Judiciária.

Em caso de morte do ofendido, o requerimento poderá ser feito pelo seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (artigos 30/31 do CPP).

Nos crimes de ação penal pública condicionada à representação, por sua vez, a instauração do inquérito somente se procede diante desta. Nas palavras de Tourinho Filho (p. 123), representar “nada mais é que uma manifestação no sentido de não se opor à investigação e posterior processo”.

A representação é feita pelo ofendido ou por quem legalmente o represente e, no caso de morte deste, poderá ser feita pelo cônjuge, irmão, descendente ou ascendente (artigo 24 do CPP).

Como é feita a representação? Segundo Nucci (p. 154):

A representação não precisa ser formal, vale dizer, concretizada por termo escrito e exposto nos autos do inquérito ou do flagrante. A jurisprudência tem aceitado, com razão, a representação informal, que é a manifestação da vontade do ofendido de ver investigado e processado o seu agressor sem que tenha manifestado por termo o seu intento. Destarte, em um depoimento, por exemplo, pode ficar clara a vontade da vítima de representar, razão pela qual pode autoridade policial agir sem mais delongas.

Na prática, o que se vê é que o ofendido assina pela representação juntamente com o seu depoimento à Autoridade.

O prazo para a representação e para o requerimento pelo início do inquérito não é tratado no Código de Processo Penal.

Tourinho Filho (p.126), explica que, quanto ao requerimento, por tratar-se a queixa de peça inaugural da ação, é “fácil concluir que o interessado deverá requerer a instauração do inquérito antes de se completar aquele semestre a que se refere o art. 38, de molde a haver tempo suficiente para ingressar em juízo com a queixa dentro daquele prazo”.

Já para a representação, segundo o autor, como esta apenas autoriza a ação penal e não inaugura, pode ser feita até o último dia do prazo de seis meses.

Quanto aos casos de representação e requerimento da vítima na prisão em flagrante do acusado, embora o *Codex* silencie sobre o prazo, a discussão perde importância já que as mudanças trazidas pela Lei nº 12.403, publicada em 05 de maio de 2011 e que entrou em vigor no dia 04 de julho, alterou o artigo 310 e o magistrado deverá manifestar-se sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva ao receber os autos. Além disso, a reforma ampliou a possibilidade de arbitramento da fiança pelo Delegado de Polícia, para os crimes punidos com detenção e reclusão cuja pena não ultrapasse quatro anos.

### **3.1.3 Vítima no curso das investigações**

Após a discussão sobre a vítima e a instauração do inquérito policial, cabe, ainda, avaliar a sua participação nas diligências realizadas. Como dito alhures, a vítima poderá requerer a realização de uma diligência (art. 14 do CPP), porém a autoridade poderá negar o pedido e não há previsão de recurso.

Scarance Fernandes (p. 76-77) cita outras maneiras da participação da vítima nas diligências policiais, como sua oitiva, reconhecimento de pessoas ou coisas, participação em exames periciais.

Muitas vezes a vítima é vital para investigação, assim como afirma Scarance Fernandes, “a sua palavra (da vítima) é altamente relevante nos crimes cometidos às escondidas, como os delitos sexuais, e é a partir dela que, de regra, o fato e autoria podem ser desvendados”.

O douto alerta para o fato de que, assim como a vítima é essencial, pode ser um óbice às investigações, quando pretende não colaborar. Conclui, por fim que deve haver um equilíbrio entre a obrigatoriedade de participação da vítima nas investigações e o respeito a sua vontade.

Terminada a investigação policial, os autos são remetidos ao Ministério Público (ação penal pública) ou ao querelante (ação penal privada exclusiva).

Diante do exposto, é possível perceber que a vítima tem relevância no início da persecução penal, que em tempos distantes de justiça privada era por ela mesma realizada. Hoje, a participação da vítima no inquérito é pequena, mas não desprezível, sendo fundamental para as investigações e estas fundamentais para reparação dos danos causados pelo delito.

Em seguida, cabe tratar da participação da vítima na ação penal.

### **3.2 Ação Penal**

Após o inquérito policial, que é fase inicial de investigações, caminha-se para a fase processual da persecução penal, ou seja, a ação penal.

Como se analisou no primeiro capítulo deste estudo, em primórdios da história cabia ao particular “processar e julgar” seu ofensor. Ocorre que, com o fortalecimento do Estado, este monopolizou a persecução penal e autotutela de tempos de vingança privada foi restringida a exceções legais.

Sendo assim, proibindo o Estado que cada cidadão proteja seus direitos, criou o direito de ação, que vem a ser o direito de invocar a prestação jurisdicional estatal.

No Brasil, o direito de ação é garantido constitucionalmente, inclusive como direito fundamental, no artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Mas qual seria a razão de ser da ação penal? Tourinho Filho (p. 157) explica que o fundamento da ação penal encontra-se justamente no fato de que o Estado limitou o direito de punir o ofensor, autolimitando o seu próprio direito de punir:

Na verdade, se ninguém pode ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, LII, da CF), se ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF), se essa autoridade competente é o Juiz, se ele é quem profere as sentenças penais, logo é de convir que, se nenhuma pena pode ser imposta senão através dele, evidente ter havido uma proibição à autoexecução do direito de punir. E nessa proibição imposta ao Estado de autoexecutar o seu direito de punir está, também o fundamento da ação penal (TOURINHO FILHO, p. 157-158).

Logo, da mesma forma que o Estado proibiu que particulares se valessem da vingança privada, sendo aquele uma instituição democrática e pautada pelo ordenamento jurídico, também limitou o seu direito de punir e estabeleceu um processo penal garantista, chegando-se ao fundamento da ação penal.

Então, da proibição à vingança privada e da autolimitação ao direito de punir pelo Estado, surge o direito à ação penal.

Nestor Távora e Rosmar Antonni (p. 119) definem a ação penal como sendo “o direito público subjetivo de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo ao caso concreto”.

Magalhães Noronha (1990, p. 25), por sua vez, explica que a ação penal “é o direito do Estado-Administração de pedir ao Estado-Juiz a aplicação da lei”.

A conceituação feita por Magalhães Noronha utiliza as expressões Estado-Administração e Estado-Juiz. Estado-Administração é aquele detentor do direito de punir quem infringiu o ordenamento jurídico, mas como não pode satisfazer tal direito sem o respeito às garantias, busca o Estado-Juiz, o Poder Judiciário, para que lhe preste a jurisdição.

O *jus puniendi*, ou direito de punir, pertence ao Estado e também a legitimidade para propositura da ação penal, por isso, o conceito formulado por Magalhães Noronha.

Entretanto, no processo penal brasileiro, ao contrário da legislação francesa, italiana e mexicana, existe possibilidade da vítima ser legitimada para a propositura da ação penal, que deixa de ser eminentemente de natureza pública e passa a ser de natureza privada.

Em nosso ordenamento jurídico, a ação penal é classificada como ação penal pública e ação penal privada. Será analisada a participação da vítima em cada uma das espécies e subespécies.

### 3.2.1 Ação penal pública

No processo penal brasileiro, a ação, por regra (art.100, *caput* do CP), será pública, ou seja, terá o Estado-Administração como polo ativo da relação jurídico processual, sendo representado pelo Ministério Público (art. 129, I da CF c.c. art. 257, I do CPP).

A ação penal pública poderá ser subdividida em incondicionada e condicionada.

Távora e Antonni (p. 125) assim conceituam a ação penal pública incondicionada: “A ação penal pública incondicionada é aquela titularizada pelo Ministério Público e que prescinde de manifestação de vontade da vítima ou de terceiros para ser exercida”.

Greco Filho (p. 111) faz considerações sobre a ação pública condicionada:

A ação pública, em casos expressos em lei, pode ser condicionada à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça. Tanto a representação quanto a requisição apenas autorizam o Ministério Público a promover a ação penal, não o obrigando a tal, porque há outros elementos a serem apreciados pelo órgão acusador, inclusive a justa causa.

Ação penal pública é a regra do processo penal, porém, a condição de representação da vítima ou requisição do Ministro da Justiça é a exceção dentro da regra, sendo sempre expressamente previsto.

São crimes de ação penal condicionada à representação da vítima, por exemplo, a lesão corporal de natureza leve (art. 129 do CP c.c. art. 88 da Lei nº 9.099/95); crimes contra o patrimônio nas hipóteses do artigo 182 e183 do Código Penal; crimes contra a liberdade sexual, nas limitações do artigo 225 do CP.

A ação penal pública, condicionada ou não, é regida por alguns princípios ou características. Primeiramente, a obrigatoriedade ou necessidade que consiste na obrigação do Ministério Público, diante de evidências da prática de infração penal e sua autoria (justa causa), de propor a ação penal.

Depois, a indisponibilidade que significa que o Ministério Público não poderá dispor da ação penal, até porque representa o Estado e o interesse público.

Tem-se, ainda, a oficialidade que, segundo Greco Filho (p. 114), apresenta dois aspectos, primeiro “que a ação pública é de iniciativa de um órgão público, o Ministério Público, e, também, que ela se desenvolve por impulso oficial”.

Por fim, a indivisibilidade que significa que “o *parquet* tem o dever de ofertar a denúncia em face de todos os envolvidos” (TÁVORA; ANTONNI, p. 127).

Há autores que apresentam outros princípios, mas esses são os mais recorrentes e importantes.

A ação penal pública inicia-se com o recebimento da denúncia pelo magistrado (artigo 396 do CPP), embora haja quem defenda que o início se dá no oferecimento desta. A denúncia é peça exordial elaborada pelo Ministério Público que deverá conter, segundo artigo 41 do Código de Processo Penal: exposição do fato criminoso e suas circunstâncias, qualificação do acusado ou meios de identificação, classificação do delito e rol de testemunhas.

Após breve explanação sobre a ação penal pública, cabe identificar o papel da vítima nesta, analisando a representação na ação pública condicionada e a assistência.

### 3.2.1.1 Representação

Scarance Fernandes (p. 92-93) afirma que o condicionamento da ação penal à representação da vítima existe em vários países, como Argentina, Costa Rica, Paraguai, Espanha, Alemanha, França, Bélgica, Suíça, Chile, além do Brasil.

Embora com regulamentações diferentes para cada ordenamento jurídico, a doutrina, em geral, sempre criticou que a ação pública pudesse ser barrada pela vontade da vítima, mesmo assim, a representação foi mantida e, no Brasil, tornou-se uma tendência.

Fernandes (p. 93) faz uma reunião de diversos motivos apresentados pela doutrina para a existência da representação:

Diversos motivos são elencados para justificar tal orientação. Foram eles reunidos, sistematizados e separados pela doutrina em principais e secundários. Os primeiros referem-se ao resguardo da esfera privada e íntima da vítima e à pouca gravidade do delito praticado. Constituem motivos secundários: a dependência da realização da prova à colaboração do ofendido; a prevalência do interesse na reparação civil sobre o interesse na punição criminal; a conveniência de evitar o enrijecimento da hostilidade entre indivíduos ligados interesses comuns.

Existem, portanto, motivos diversos para que a ação penal seja condicionada à vontade da vítima. Facilmente são visualizadas tais causas quando se analisa crimes cuja ação é condicionada no Brasil.

Primeiramente, no crime de lesão corporal simples, há interesse público, porém o interesse privado é imediato, o crime não é grave. Em um furto cujo agente é sobrinho da vítima, antes do interesse público, há o interesse particular ligado às relações familiares.

Até mesmo em delitos graves, como o estupro, a representação tem seu fundamento. Ora, um processo em crime dessa natureza pode prolongar o sofrimento da vítima, pelo fato de lembrar e o contato com o criminoso.

O condicionamento à vontade da vítima na ação penal pública é uma tendência, como ensina Fernandes (p. 94), impedindo a instauração de processos possivelmente inúteis. A representação somente prestigia a vítima e sua vontade, porque, embora o crime ofenda ao interesse público, não se pode marginalizar o ofendido.

Vale dizer que a representação como condição para a ação penal pública é a mesma representação necessária para autorizar o início do inquérito policial, fase inquisitória da *persecutio criminis* mencionada alhures.

Relembrando, “a representação constitui-se na manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal, objetivando a instauração da persecução criminal contra o sujeito ativo do crime que vitimou o ofendido” (MOSSIN, 1998, p. 278).

Embora não unânime, pode-se dizer que a doutrina considera a representação como condição de procedibilidade da ação penal. Nesse sentido, Tourinho Filho, Mossin e Mirabete.

Explica Capez (2008, p. 123):

Trata-se de condição objetiva de procedibilidade. Sem a representação do ofendido ou, quando for o caso, sem a requisição do ministro da justiça, não se pode dar início à persecução penal. [...] São requisitos especiais, exigidos por lei ao lado daqueles gerais a todas as ações, para que se possa exigir legitimamente, na espécie, a prestação jurisdicional.

Há quem fale que a representação é condição objetiva de punibilidade, outros, aceitam a representação como parte da possibilidade jurídica do pedido.

Mas, como adotado pela maioria doutrinária, parece o mais correto ser a representação condição objetiva de procedibilidade.

Quanto à forma, vale a mesma consideração feita quando da análise do inquérito policial. Mossin (p. 280) afirma que o legislador, sabiamente, não exigiu qualquer tipo de formalidades, podendo ela ser inclusive oral (art. 39 do CPP).

Quanto ao conteúdo, a representação deverá conter “todas as informações que possam servir à apuração do fato ou da autoria” (art. 39, § 2º do CPP).

O ofendido, maior de 18 anos e em pleno gozo de sua capacidade mental, é quem possui legitimidade para o ato da representação e pode fazê-lo sem assistência, já que possui plena capacidade civil nos termos do novo Código Civil brasileiro. Pode o ofendido tanto representar pessoalmente quanto por meio de um procurador com poderes especiais (art. 39 do CPP).

Sendo incapaz, o ofendido deverá ser representado ou assistido por quem legalmente o possa. Caso não tenha um representante, o juiz nomeará um curado. A nomeação dar-se-á também nas hipóteses em que, embora representado, os interesses do ofendido são antagônicos a do seu representante (art. 33 do CPP).

Segundo Capez (p. 125): “As pessoas jurídicas também poderão representar, desde que o façam por intermédio da pessoa indicada no respectivo contrato social ou, no silêncio destes, pelos seus diretores ou sócios gerentes (CPP, art. 37)”.

Há que se ressaltar, ainda que: “Em se cuidando de ofendido morto ou por decisão judicial declarado ausente, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, nos termos do art. 31, parágrafo único, do Código de Processo Penal” (MOSSIN, p. 282).

Existe certa divergência na doutrina quanto à taxatividade do rol apresentado. Para Mossin, o convivente poderia também representar diante da morte ou ausência do ofendido. Segue-o Tourinho Filho (p. 183).

Capez (p. 125), pautado no artigo 226, § 3º da Constituição Federal, segue mesmo entendimento. Afirma: “Não se trata aqui de interpretação extensiva da norma penal, ou seja, de analogia *in malam partem*, mas, sim, de mera declaração do seu conteúdo de acordo com o preceito constitucional”.

Mas é claro que, o caso do convivente está pautado na Magna Carta, não podendo ser expandido o rol de maneira a se fazer analogia para piorar a situação do ofensor.

A representação poderá ser destinada à autoridade policial, ao Ministério Público e ao juiz.

O artigo 39, parágrafo 4º do CPP, prevê que, sendo feita a representação perante o magistrado, esta será remetida à Polícia Judiciária para dar início ao inquérito.

O mesmo artigo, no parágrafo seguinte, estipula que o *Parquet* poderá dispensar o inquérito policial se a representação já contiver escopo probatório suficiente. Em situação contrária, lembram Távora e Alencar (p. 129) que o Ministério Público, diante de evidente inexistência de infração penal, promoverá o arquivamento da representação.

O prazo para a representação já foi tratado quando se tratou do inquérito policial na ação penal condicionada. A regra geral está prevista no artigo 38 do Código de Processo Penal, sendo que a vítima possui um período de 06 (seis) meses para representar, sob pena de decadência.

A representação, corriqueiramente, é feita durante a fase inquisitorial, mas nada impede que ocorra durante a ação penal se ainda não decorreu o prazo decadencial.

É o que observa Mossin (p. 286): “Se eventualmente tiver sido instaurada a ação penal sem que haja tido a representação, o prazo decadencial terá sua fluência normal, ocorrendo a decadência se a omissão não for suprida no prazo legal”.

O prazo para representação tem natureza penal, sendo sua contagem de acordo com o artigo 10 do *Codex Penal* e, por ser decadencial, é improrrogável, ininterrupto e não suspende.

O termo *a quo* da contagem do prazo para a representação é, regra geral do artigo 38 do Código Processual Penal, a data em que o ofendido tomou conhecimento da autoria do delito.

Quando o ofendido estiver morto ou declarado judicialmente ausente (§ 1º do artigo 24, CPP), a melhor doutrina, à vista de Tourinho Filho (p.188), afirma que o prazo é uno, já que irmão, ascendente, descendente e cônjuge tem legitimidade alternativa. Quanto ao termo *a quo*, ensina o douto que se inicia “da data em que o sucessor veio a saber quem foi o autor do crime, a menos que outro sucessor, anteriormente, também o soubesse e deixasse passar *in albis* o prazo de 6 meses, que é uno.”

Sendo a vítima menor de 18 (dezoito) anos, a regra é “que o prazo começará a fluir quando seu representante legal tiver conhecimento da autoria” (DEMERCIAN; MALULY, p. 121).

Mas, no caso acima, o ofendido poderá esperar completar a maioridade para representar. Vale citar Távora e Antonni (p. 130): “O prazo decadencial só passa a contar a partir do advento da maioridade. O risco, contudo, é a ocorrência da prescrição”.

Quanto à questão prescricional, há que se rememorar que, sendo o representante do ofendido antagônico aos seus interesses, o juiz deverá nomear um curador especial para que ele possa exercer seu direito.

Feita a representação pelo ofendido, quem legalmente o represente ou seu sucessor, é possível que haja retratação. O prazo para que esta ocorra é, nos termos do artigo 25 do Código de Processo Penal, até o oferecimento da denúncia pelo juiz.

Para Tourinho Filho (p. 184), embora a retratação não esteja no rol do artigo 107 do Código Penal, trata-se de causa extintiva da punibilidade do agente. Da mesma forma entendem Demercian e Maluly (p. 121).

Por considerar a retratação como causa extintiva da punibilidade, Tourinho Filho (p. 185), seguido pelo renomado Mossin (p. 293), entende que não pode haver retratação da retração, afirmando que permiti-la “é entregar ao ofendido arma poderosa para fins de vingança ou outros, inconfessáveis”.

Razão tem o douto, visto que, apesar de ter que ser protegido o interesse do ofendido, não pode o acusado ficar a mercê da indecisão e até chantagem.

Ainda com base nas lições de Tourinho Filho (p. 292), há uma exceção, encontrada na Lei n. 9.099/95, em que a retração pode ser feita após o oferecimento da denúncia:

Tratando-se de crime de menor potencial ofensivo, feita a representação e ofertada a denúncia oral, de que trata o art. 77 da Lei n. 9.099/95, ainda será possível fazer a transação, nos termos do art. 79 da citada lei. E, nesse caso, a transação vai implicar retratação da representação depois de recebida a denúncia...

A lei que estabelece o procedimento sumaríssimo tem peculiaridades, inclusive que importam na reparação civil da vítima, por isso, será estudada mais à frente.

A representação é uma forma de participação da vítima no processo penal brasileiro, aliás, é condição autorizadora da ação penal condicionada.

É relevante essa forma de atuação do ofendido e se explica por diversos aspectos, sendo que a tendência é o aumento dos delitos que preveem ação penal pública condicionada à representação.

O último ponto que é válido abordar é que, por óbvio, a representação não vincula o Ministério Público ao oferecimento da denúncia. O *Parquet* é quem analisará se está presente a justa causa da ação penal, e inclusive não está vinculado à tipificação que a vítima tenha feito do fato, como anotam Távora e Antonni (p. 131).

Outro instituto importante, quando do estudo da participação da vítima na ação penal pública, é o da assistência que será tratado a seguir.

### 3.2.1.2 Assistente

O assistente, segundo Tourinho Filho (p. 421), é parte contingente no processo penal. Nas palavras do douto: “A lei permite sua intervenção no processo, mas, com assistente ou sem assistente, o processo existirá”.

No processo penal, o assistente é chamado de acusação. “O assistente é o ofendido, seu representante legal ou seu sucessor, auxiliar da acusação pública.” (GRECO FILHO, p. 241).

Explicando, pode atuar como assistente no processo penal o ofendido, no sentido de sujeito passivo do delito, seu representante legal ou, no caso de morte, as pessoas elencadas no artigo 31 do Código de Processo Penal: cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Valendo-se mais uma vez das lições do processualista Tourinho Filho (p. 423), tem-se que o assistente somente poderá atuar na ação penal pública, haja vista que, sendo privada, é autor da ação.

Quanto à finalidade ou fundamento da existência dessa figura no processo penal, a doutrina diverge. Alguns, como o citado Tourinho Filho (p. 422), acreditam que “a razão de se permitir a ingerência do ofendido em todos os termos da ação penal pública, ao lado do Ministério Público, repousa na influência decisiva que a sentença da sede penal exerce na sede civil”.

Outros, especialmente Scarance Fernandes (p. 136-139), Vicente Greco Filho (p. 241), que não acreditam que a legitimidade da vítima em compor a acusação como assistente se resuma ao interesse civil.

Sendo assim, o fundamento da intervenção do assistente técnico, para os doutos, “é de seu interesse na reparação civil, mas o assistente atua, também, em colaboração com a acusação pública no sentido de aplicação da lei penal” (GRECO FILHO, p. 241).

Távora e Antonni (p. 440) filiam-se também a tal posição:

O interesse da vítima em ver a aplicação de uma pena aceitável para o delito que ela sofreu está presente em compasso com seus valores, como pessoa que foi o sujeito passivo do delito. [...] Sustentar que à vítima não interessa a aplicação da pena é posição tendente à mecanização do direito.

Há, ainda, doutrina e jurisprudência minoritária que sustentam como inconstitucional a figura do assistente no processo criminal brasileiro. São dois argumentos, basicamente: 1º o Ministério Público tem função constitucional de promover a ação penal pública privativamente, protegendo ao interesse público; 2º admitir que a vítima seja assistente faz do processo criminal uma verdadeira vingança privada.

Scarance Fernandes (p. 123) rechaça tais argumentos:

Tais perigos, que podem estar presentes na acusação conjunta, inexistem ou ficam amenizados na assistência. Aqui, a vítima estará em posição de auxiliar do Ministério Público, podendo eventuais desvios em sua atuação ser superados pela ação do órgão oficial ou pelo controle judicial. Assim, sem os riscos de um retorno ao sistema de vingança privada e sem que se dê à vítima o papel de parte principal, melhor é incentivar a sua colaboração, normalmente vantajosa para a persecução penal.

Ainda em resposta aos que consideram inconstitucional a assistência à acusação, Távora e Antonni (p. 440), utilizam-se da velha máxima “quem pode o mais, pode o menos”. Ora, se a Magna Carta trouxe em seu rol de direitos fundamentais a possibilidade da vítima ofertar ação penal subsidiária ante a desídia do Ministério Público (art. 5º, LIX), como a mera assistência ao órgão pode ser considerada contrária ao regime constitucional?

Ante o exposto, parece mais acertada a segunda posição, visto que a vítima tem interesse civil no processo criminal, mas este não é exclusivo. Sua atuação como assistente também está voltada à imposição da pena justa ao seu ofensor, pode ser que não em todos os casos, todavia, na maioria.

Quanto à inconstitucionalidade da assistência, é um entendimento radical, levando o caráter público da persecução penal ao extremo. Intocáveis são, portanto, os citados argumentos de Scarance Fernandes e de Távora e Alencar.

O assistente, nos termos do artigo 268 do CPP, poderá ser admitido desde o recebimento da denúncia até o trânsito em julgado da sentença penal, ou seja, em qualquer momento do processo.

Tourinho Filho (p. 423), somente adverte quanto ao procedimento do Júri, tendo o assistente que se habilitar ao menos com cinco dias de antecedência da data marcada para o plenário se neste quiser intervir (art. 430 do CPP).

O pedido de habilitação do assistente será dirigido ao juiz ou, estando processo em tramitação no Tribunal, será dirigido ao Desembargador-relator.

Antes da habilitação, o Ministério Público será ouvido (art. 272 do CPP), mas caberá ao juiz decidir.

Da decisão do magistrado não cabe recurso, entretanto, a maioria da doutrina e jurisprudência tem entendido que é cabível o mandado de segurança. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (p. 567): “Afim, é direito líquido e certo do ofendido, quando demonstre a sua condição documentalmente – ou seus sucessores – ingressar no polo ativo, auxiliando a acusação”.

Ainda, sobre a habilitação do assistente, vale considerar que o corréu no processo não poderá habilitar-se como auxiliar (art. 270, CPP).

Segundo o artigo 271 do Código de Processo Penal:

Art. 271. Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos artigos 584, § 1º, e 598.

O libelo de que trata o dispositivo, segundo Tourinho Filho (p.425), deve ser entendido como a peça oferecida pelo Ministério Público após a sentença de pronúncia, no procedimento do júri, e não como a possibilidade do assistente aditar a denúncia oferecida pelo *Parquet*.

Como lembra Nucci (p. 564), o libelo foi suprimido pela reforma de 2008 do Código:

No caso de *aditamento ao libelo*, peça não mais existente, pouco lhe resta a fazer, a não ser, por exemplo, apresentar outras testemunhas para serem ouvidas em plenário, caso o Ministério Público não tenha esgotado o número legal, que é de cinco (art. 422, CPP). O chamado aditamento do

*articulado* não tem aplicação, pois esta forma processual, na realidade, é a peça denominada *alegações finais*, que o assistente de acusação apresenta individualmente e não em complementação à do Ministério Público.”

Quanto à propositura de meios de prova e perguntas as testemunhas, o assistente poderá, por exemplo, propor a realização de exame pericial e fazer perguntas tanto às testemunhas de acusação quanto de defesa.

Quanto aos recursos, por fim, cabe ao assistente recorrer nos casos elencados, ou seja, da decisão de impronúncia no Júri, sentença que extingue punibilidade do réu e sentença absolutória.

Com as modificações feitas pela Lei n. 12. 403 de 04 de maio de 2011, que entrou em vigor em julho do mesmo ano, o assistente poderá requerer ao juiz, em caso de descumprimento de medida cautelar pelo acusado, que haja cumulação de medidas cautelares ou decretação da prisão preventiva (art. 282, § 4º). Além disso, em qualquer momento da ação penal, o assistente poderá requerer a prisão preventiva do réu (art. 311).

O instituto da assistência à acusação no processo penal é recheado de celeumas doutrinárias e este estudo não teve a pretensão de exauri-las, mas, tão somente, de demonstrar a finalidade do assistente, sempre com o objetivo maior de analisar a participação da vítima no processo criminal e os mecanismos para proteção dos seus interesses.

### 3.2.1.3 Modificações da Lei n. 11.690/08

Além dos institutos da representação e assistência, há outros sinais na legislação processual brasileira de preocupação com a vítima e abertura para sua participação no processo penal.

À vista disso, o legislador, na reforma do Código de Processo Penal em 2008, alterou pela Lei n. 11.690 o artigo 201, que trata do ofendido.

A seu turno, no bojo da reforma do processo penal ora em curso, a Lei 11690/08 modificou a redação do art. 201, que trata do ofendido, assegurando-lhe vários direitos, como a comunicação dos atos processuais (§ 2º); a reserva de espaço separado antes da audiência (§ 4º); atendimento multidisciplinar (§ 5º); além da preservação de sua intimidade, vida privada, honra e imagem (§ 6º). (BALTAZAR JÚNIOR, p. 284).

Importantíssima as alterações feitas pelo legislador, reconhece que a vítima tem interesses no processo penal, deve ser protegida e não esquecida.

Proporcionar ao ofendido atendimento multidisciplinar, nas palavras da lei “especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e saúde, a expensas do ofensor ou do Estado”, demonstrar que, além de prejuízos materiais, o ofendido também deve ser amparado sob outros aspectos.

Comunicação dos atos processuais também tem grande relevância, pois, principalmente em relação à prisão ou soltura do ofensor, implica inclusive nos cuidados com a segurança da vítima.

O parágrafo sexto, que preceitua que o juiz deverá preservar a “intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido”, vem para reforçar direitos garantidos constitucionalmente. Relevante em tempos em que há superexposição na mídia de grandes crimes.

Após a breve explanação sobre formas de participação da vítima no processo penal e, neste tópico, sobre novos direitos dados ao ofendido, será analisada a vítima na ação penal privada.

### 3.2.2 Ação penal privada

Para explicar a diferença entre ação penal privada e ação penal pública, vale apresentar a lição de Mossin (p. 307):

A diferença entre ação penal pública e privada reside precipuamente na legitimidade para agir ou *legitimatío ad causam*. Enquanto o Ministério público é parte ativa legítima para propor a ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal possui legitimidade ativa para agir na privada. A ação penal é denominada de privada, porque seu titular é um particular, ao contrário do que se verifica com a pública, onde o titular da *actio poenalis* é um órgão estatal, cognominado de Ministério Público.

Tourinho Filho (p. 216) explica que a ação penal privada é um verdadeiro caso de substituição processual:

Mesmo sendo privada, o direito de punir continua pertencendo ao Estado. Este apenas concede ao ofendido ou a seu representante legal o *jus perseguendi in judicio*. [...] Por isso se diz que, nas hipóteses de ação privada o particular é parte legítima extraordinária para agir, porquanto, a parte legítima para intentar a ação penal é o titular do interesse em litígio, vale dizer, o Estado, representado pelo Ministério Público.

O que se pode apontar como diferença nas espécies de ação penal são os princípios norteadores. No que concerne a ação penal pública, já se enumerou alhures, sendo a obrigatoriedade, indisponibilidade e obrigatoriedade.

Já a ação penal de natureza privada é pautada nos princípios da oportunidade ou conveniência, que se contrapõe à obrigatoriedade. Enquanto o Ministério Público é obrigado a ofertar denúncia presente a justa causa, a vítima inicia a ação penal se lhe for um momento oportuno, desde que o faça no prazo legal.

Outro princípio da ação penal privada é a disponibilidade que, por sua vez, é antagônica à indisponibilidade, ou seja, iniciada a ação penal, o ofendido poderá dela dispor.

Princípios comuns a qualquer ação penal é o da indivisibilidade e intrascendência.

O primeiro é que, em havendo mais de autor do fato criminoso, a ação penal deverá ser intentada contra todos e, no caso da ação privada, cabe ao Ministério Público zelar pela indivisibilidade (art. 38, CPP).

O segundo significa que “a ação penal somente será proposta contra a pessoa ou as pessoas que cometeram a infração típica” (MOSSIN, p. 309).

### 3.2.2.1 Espécies

A ação penal privada se subdivide em ação penal privada exclusiva, ação penal privada subsidiária da pública e, ainda, há caso de ação penal privada personalíssima.

Vicente Greco Filho (p. 112) conceitua a ação penal privada exclusiva ou de iniciativa privada exclusiva: “A ação é exclusivamente de iniciativa quando a lei expressamente consigna que ‘se procede mediante queixa’ ou outra regra de igual conteúdo”.

Exemplos de delitos de ação penal privada exclusiva são os crimes contra a honra, em regra, calúnia, difamação e injúria (arts. 138, 139 e 140 do CP); crime de dano simples ou qualificado por motivo egoístico (art. 163, *caput* e § único, IV do CP).

Já a ação penal privada subsidiária esta prevista no Código Penal, artigo 29, e na Constituição, artigo 5º, LIX. Ela é regida pelos mesmos princípios da ação penal pública e somente poderá ser intentada diante da inércia do Ministério Público.

A ação penal privada personalíssima, por sua vez, tem somente uma previsão, no delito de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento do artigo 236 do Código Penal. É personalíssima porque somente poderá ser intentada pelo ofendido, nunca por seu sucessor.

### 3.2.2.2 Características da ação penal privada exclusiva

Decorrente dos próprios princípios apontados acima, a ação penal privada exclusiva apresenta algumas características ou possibilidades.

São apontadas por Vicente Greco Filho (p. 115-116) a decadência, a renúncia, a perempção e o perdão.

O direito de propor a ação penal privada poderá decair caso decorra o prazo legalmente definido, ao contrário da ação penal pública que jamais decairá.

“A renúncia é a manifestação de vontade do ofendido de não promover a ação penal. Ela é incondicionada e não depende do consentimento do autor da infração” (GRECO FILHO, p. 115). Pode ser expressa ou tácita.

“A desistência é a manifestação de vontade de não dar prosseguimento a uma ação já instaurada.” (GRECO FILHO, P. 116).

A perempção ocorre nas hipóteses mencionadas no artigo 60 do CPP, é, de maneira simplista, o abandono da ação penal pelo querelante.

O perdão, por fim, é um ato bilateral entre querelado e querelante, devendo ser aceito por aquele, porque implica em reconhecimento do fato.

Todas essas hipóteses geram a extinção de punibilidade do autor.

Como já dito alhures, o *jus puniendi* pertence ao Estado, contudo, em situações excepcionais, este dá ao ofendido legitimidade extraordinária para a ação penal. Mas, por que razão o Estado excetua alguns delitos e retirar a qualidade publicística da ação?

Como ensina Tourinho Filho (p. 215), não é somente no direito pátrio que existe a figura da ação penal privada. “Na Alemanha, ao lado da ação pública,

existe a *Privatklage*, mediante a qual, havendo um *Privatklagedlikt* (delito de ação privada, cabe à parte ofendida, dar início à ação).”

Além da Alemanha, pode-se citar a Áustria, Espanha, Hungria, Suécia, Noruega, Finlândia, Argentina e Chile.

Outras legislações mundiais, como nos alerta o douto, não admitem a ação penal privada, caso da Itália. Mas para Tourinho Filho, os italianos tem uma ação privada disfarçada de pública, vez que “em numerosos casos, a ação penal subordinada à *querela*, equivalente a nossa ‘representação’, com esta particularidade: proposta a ação, o ofendido pode perdoar o culpado, extinguindo-se, assim, a punibilidade”.

Sabendo-se que não é exclusividade do Brasil aceitar a ação penal privada, Mossin (p. 310) aponta três motivos para que o legislador pátrio tenha adotado esta espécie de ação: “tenuidade da lesão à sociedade, caráter privado do bem jurídico tutelado e *streptus iudicii*”.

Quanto à tenuidade da lesão à sociedade, o autor explica que alguns delitos pouco afetam a sociedade, como nos casos dos delitos contra a honra, exemplos típicos de crime de ação privada.

Dessa mesma explicação, pode-se aferir o que o autor quis dizer com caráter privado do bem jurídico tutelado. É fácil compreender que alguns delitos, principalmente os delitos contra a honra, tem o bem jurídico tutelado de natureza privada, ofendendo somente de forma mediata o Estado.

Em relação ao último fundamento, este perdeu o objeto com a reforma do Código Penal em 2009 (Lei n. 12.015 de 07/08/2009), que alterou o artigo 225 e tornou as ações penais em crimes sexuais de natureza pública condicionada à representação. O autor, pelo *streptus iudicii*, explicava que a existência da ação privada nos crimes sexuais se justificava pela exposição e trauma maior que uma ação penal poderia trazer à vítima e sua família.

Aliás, a tendência na legislação processual penal brasileira é a abolição da ação penal privada exclusiva. O Projeto do Novo Código de Processo Penal extinguiu a ação penal privada exclusiva, convertendo os delitos com esta natureza para delitos de ação pública condicionada à representação.

Valendo-se da pesquisa de Scarance Fernandes (p. 85), aferem-se vários argumentos para o fim da ação privada:

Os autores favoráveis à sua eliminação dos sistemas criminais arrolam vários argumentos, que giram de regra em torno de alguns fundamentais: seria ela reminiscência da época em que se admitia a vingança privada; constitui fonte constante de abusos e transações vergonhosas entre ofensores e ofendidos, em total contradição com o anseio social de repressão dos delitos; a punição é tarefa do Estado, não podendo ficar condicionada à atuação de particular.

É claro que a questão sobre a volta da vingança privada é um eminente exagero, visto que os tempos são de processo penal garantista.

Quanto às demais questões apontadas, Scarance Fernandes (p. 86) rechaça os argumentos, principalmente apontando para a existência de um direito penal mínimo, *ultima ratio*, ou seja, para infrações de menor gravidade, a reconciliação entre vítima e ofensor é mais interessante.

O autor é contrário à abolição da ação privada (p. 86), afirmando que “não se deve postular a abolição da ação penal privada. Encontraria significativo espaço nos sistemas modernos, adequando-se a determinados casos em que a interferência do Estado deve ser evitada”.

Mas mesmo em defesa da ação penal privada, o douto admite que há dificuldade da vítima ingressar, custear a ação penal.

Parece que, não pelos motivos apontados, como a volta da vingança privada, mas pela própria dificuldade prática, a ação penal privada exclusiva deveria ser abolida e, provavelmente, será.

O condicionamento à representação parece mais eficiente ao atendimento dos interesses da vítima, pois esta não tem o ônus de arcar com os dispêndios de uma ação.

Mas o que autores, como Tourinho Filho (p.215), alertam é que a ação penal pública condicionada à representação não tem as mesmas possibilidades de disposição que cercam a ação privada, a exemplo do perdão, da perempção ou renúncia.

Tanto Tourinho Filho, como Scarance Fernandes (p. 87) apontam para uma solução intermediária. Nas palavras deste:

Interessante é a solução adotada na Itália e em outros países europeus, que preveem um sistema intermediário entre a nossa ação penal pública condicionada, em que depois de ajuizada a denúncia não é mais possível a retratação, e a ação penal privada exclusiva. Condiciona-se em alguns casos a acusação do Ministério Público à manifestação da vítima (querela), mas, mesmo depois de instaurado o processo, possível ao ofendido desistir do prosseguimento do feito. Com isso, assegura-se a participação do Ministério Público na acusação e, ao mesmo tempo, continua o processo

instaurado regido pelo princípio da disponibilidade, dando-se, por isso, grande força à vontade da vítima.

Seria uma solução realmente interessante, pois evita que a vítima seja onerada para ter seu ofensor processado e, ainda, permite que manifeste sua vontade mesmo após a instauração da ação penal.

### 3.2.2.3 Fundamento da ação penal privada subsidiária

Ao contrário da ação penal privada exclusiva que poderá ser intentada quando expressamente prevista em lei e que, ao que parece, tem seus dias contados no direito pátrio, a ação penal privada subsidiária da pública é direito do ofendido garantido constitucionalmente (art. 5º, LIX).

O fundamento desta ação privada não se encontra na tenuidade da ofensa à sociedade ou no bem jurídico tutelado de natureza particular. Nas palavras de Tourinho Filho (p. 226): "Trata-se de salutar medida encontrada pelo legislador para neutralizar possível inércia, incúria, desleixo do Ministério Público [...]".

A ação privada subsidiária pode ser interposta em substituição de qualquer ação penal pública, condicionada ou não, caso o Ministério Público não intente a ação penal, e na melhor redação, não se manifeste, no prazo legal.

É uma forma de prestigiar a vítima, que não fica à mercê completo do Estado.

### 3.2.2.4 Legitimidade, prazo e procedimento da ação privada

Segundo os artigos 30 e 31 do Código de Processo Penal, a ação penal privada poderá ser intentada pelo ofendido ou quem legalmente o represente e, em caso de morte ou ausência da vítima, pelos sucessores, sendo eles o cônjuge, descendente, ascendente ou irmão. Lembre-se que, sendo ação penal privada personalíssima, não haverá sucessão.

Sendo o ofendido incapaz sem representante legal ou quando os interesses daquele divergirem com os deste, o juiz deverá nomear um curador especial (artigo 33).

A ação penal privada poderá ser interposta, nos termos do artigo 38, regra geral, em seis meses contados do dia em que se tomar conhecimento do autor do fato.

No caso de ação penal privada subsidiária, o prazo se conta do momento em que se esgotou o prazo para oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. O prazo para oferecimento da denúncia, regra geral, é de 15 dias com o réu solto e 05 dias se estiver preso (art. 46, CPP).

A ação penal privada se inicia pela queixa que “é o ato processual por meio do qual o ofendido ou quem legalmente o represente deduz em juízo a pretensão punitiva” (TOURINHO FILHO, p. 236).

A queixa deve conter os mesmos requisitos da denúncia, já citados e que se encontram no artigo 41 do CPP. Deverá ainda ser postulada em juízo por quem tiver capacidade postulatória com procuração com poderes especiais (artigo 44, CPP).

A exordial da ação penal privada, exclusiva ou subsidiária, poderá ser aditada pelo Ministério Público (artigo 45, CPP). Nos casos de ação penal privada subsidiária, o *Parquet* poderá ainda rejeitar a queixa e oferecer denúncia substitutiva, intervir a todo tempo no processo, fornecer provas, recorrer e retomar a ação e caso de negligência do querelante (artigo 29, CPP).

Vale para a queixa, ainda, as considerações feitas para a representação na ação penal pública condicionada, quanto ao prazo para os sucessores e para menores.

### **3.3 Conclusões Preliminares**

O presente capítulo não pretendeu exaurir todos os institutos, celeumas doutrinárias sobre o inquérito policial, ação penal.

A pretensão desta parcela do estudo foi, em complemento ao capítulo anterior, demonstrar como a vítima participa atualmente do processo penal brasileiro.

O que se conclui é que a vítima, embora longe do protagonismo exercido em tempos primitivos, tem aumentado seu espaço na persecução penal, mesmo com a possível extinção da ação penal privada exclusiva.

O ofendido tem exercido funções na ação penal pública, seja por meio da representação, seja por meio da assistência. Espera-se, ainda, que o foco dado exclusivamente ao ofensor com a busca do processo garantista, seja dividido com a vítima.

O Estado não é o único interessado na ação penal, a vítima tem interesse, principalmente civil, por isso é que deve ser dada a oportunidade de sua participação.

Nos capítulos seguintes, serão analisados os mecanismos que existem no processo penal para proteção dos interesses civis da vítima.

## 4 DANOS DECORRENTES DO DELITO

O mesmo fato gerador de um ilícito penal pode gerar um ilícito civil. Como bem explicam Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 442), o ato ilícito é uno em sua essência, diferentes são as respostas que cada segmento do ordenamento jurídico dá a ele.

O Direito Penal diante de um ilícito penal aplica a seu agente a pena cominada em lei, seja privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa.

Em seara civil, o que se busca é reestabelecer o *status quo ante*, ou seja, estabelecer, sempre que possível, a situação anterior ao ilícito.

Abordar-se-á quais as diferenças existentes entre responsabilidade civil e penal e, ainda, quais as espécies de danos civis que o delito pode causar. Por fim, será feita uma análise sobre a chamada Justiça Restaurativa e a tendência de criação de mecanismos para reparação de danos em seara penal.

### 4.1 Responsabilidade Civil e Responsabilidade Penal

Embora a responsabilidade civil e penal possam surgir de um mesmo ato ilícito, elas possuem características diferentes.

Nas palavras de Tourinho Filho (p. 262):

A responsabilidade penal só exsurge quando violentada a norma compreendida na lei, em face do princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*. A responsabilidade penal é, sempre e sempre, pessoal. O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa, não podendo nenhuma pena passar da pessoa do delinquente.

Então, a responsabilidade penal pressupõe previsão legal em decorrência princípio da reserva legal ou legalidade. Além disso, somente responde pelo ilícito penal aquele que para ele deu causa por ação ou omissão dolosa e, em alguns casos, por culpa.

Já a responsabilidade civil não se limita a previsão legal, é composta pelo elemento conduta, dolosa ou culposa, nexos de causalidade e dano. Mas ao contrário da responsabilidade penal, a responsabilidade civil pode ser objetiva, ou

seja, aquele que não deu causa ao evento danoso pode, em certas hipóteses, responder civilmente por ele. A essência da responsabilidade civil é o dano.

Rui Stoco afirma (2004, p. 121):

A responsabilidade penal envolve também um dano, dano que atinge a paz social, embora atinja muitas vezes um só indivíduo. Mas a ação repressiva não tem por objetivo o dano causado ao particular, como tal, mas como integrante do grupo.

Ocorre que, o Estado não pode ignorar o indivíduo atingido diretamente pelo delito, por isso, ver-se-á que, apesar da preocupação penal ser diversa da civil, existem mecanismos em seara penal destinados a promover a reparação do dano civil.

#### 4.2 Dano Material e Dano Moral

A prática de um delito, como se enfatiza, pode causar às vítimas danos civis, que poderão ser de natureza material e moral.

A indenização por danos morais e materiais é garantida constitucionalmente, como direito fundamental (artigo 5º, inciso V).

Segundo preceitua o artigo 186 do Código Civil, comete ato ilícito aquele que causa dano a alguém, ainda que exclusivamente moral.

Valendo-se da lição de Rui Stoco (p.1.179), obtêm as definições de danos morais e materiais:

Segundo nos parece, falar-se em dano significa aludir a um acontecimento do mundo físico, uma alteração e um resultado no mundo naturalístico, quando falamos de dano material. Em se tratando de dano moral, estaremos falando de um dano à *parte subjecti*, ofensivo de bens imateriais da pessoa, mas – ainda assim – em um fenômeno do mundo fático.

Um delito de lesão corporal culposa em acidente de veículos poderá causar a vítima danos materiais decorrentes do tratamento com a lesão e, ainda, de possíveis danos ao veículo. Um delito de injúria causa, em tese, danos morais ao ofendido.

Causado o dano, surge para vítima uma pretensão de ser restituída, ou seja, quando possível que tenha o *status quo ante* com a devolução da coisa. Pode

ainda, ter a pretensão de ser ressarcida, quando impossível a restauração do estado anterior. O termo reparação, por sua vez, significa a satisfação de danos morais.

Neste trabalho, porém, utiliza-se o termo reparação, ressarcimento, restauração ou indenização para referir-se a satisfação dos danos causados pelo delito de forma genérica, tanto materiais quanto morais.

A quantificação para ressarcimento de danos materiais causados pelo delito tem previsão legal (artigo 402 do Código Civil), abrangendo os danos emergentes, ou seja, aquilo que efetivamente se perdeu, e os lucros cessantes, aquilo que razoavelmente se deixou de ganhar em decorrência do ilícito.

Além da cláusula geral para determinar o ressarcimento por danos materiais, têm-se causas específicas na lei civil. Para hipótese de lesão corporal (artigos 949 e 950, CC); homicídio (artigo 948); crimes patrimoniais (artigo 952, CC).

Já quanto aos danos morais, o critério de quantificação é baseado basicamente por construção jurisprudencial e são de difícil constatação em muitos casos.

Nas hipóteses que serão tratadas sobre a jurisdição penal promovendo a reparação de danos causados à vítima, tal reparação está intimamente ligada ao ressarcimento por danos materiais. Os danos morais, pela dificuldade de constatação e quantificação, devem ser tratados pelo Juízo Cível.

### **4.3 Justiça Restaurativa e a Reparação de Danos**

A ideia de uma Justiça Restaurativa surgiu nos Estados Unidos, na década de 1970. Com o tempo, foi se difundindo para outros países anglo-saxões, depois para o continente europeu e, por fim, espalhou-se mundialmente.

Existem várias teorias e segmentos da Justiça Restaurativa.

Em 2003, os norte-americanos Paul McCold e Ted Wachtel apresentaram, no Brasil, um estudo chamado de "Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa".

McCold e Wachtel (2003, s.p) conceituam a Justiça Restaurativa como "processo colaborativo que envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, chamados de 'partes interessadas principais', para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão". Ainda, o postulado

fundamental da teoria é "o crime causa danos às pessoas e a justiça exige que o dano seja reduzido ao mínimo possível".

Os douts dividem a teoria em três estruturas conceituais distintas: A janela de disciplina social (*Social Discipline Window*); O Papel das Partes Interessadas (*Stakeholder Roles*); A Tipologia das Práticas Restaurativas (*Restorative Practices Typology*).

Valendo-se das explicações de Damásio de Jesus (2005, s.p.) é possível explicar de forma sucinta essas três estruturas.

Resumidamente, a janela da disciplina social é que, diante de um crime, deve-se buscar a aplicação de uma disciplina restaurativa, ou seja, que possa satisfazer tanto as necessidades da vítima, quanto para recuperar o agressor. Não é válida a aplicação de uma medida punitiva por si só, que não restaura e também a aplicação de medida permissiva, ou seja, nenhuma ação contra o agressor.

A outra estrutura, o papel das partes interessadas, consiste em que as partes interessadas principais, que são a vítima e o transgressor, devem ser consideradas com suas necessidades específicas.

Por fim, a tipologia das práticas restaurativas nas palavras de Damásio de Jesus (s.p):

Todas as partes interessadas, diretas e indiretas, desde que haja consenso, são chamadas a buscar, em conjunto, uma solução efetiva para o conflito, de modo a preencher suas necessidades emocionais. Os três grupos devem ter participação ativa e se engajar no processo de conciliação.

A Justiça Restaurativa, em linhas gerais, objetiva, como o próprio nome já sugere, restaurar o que existia antes da prática do crime. Restaurar não somente no sentido econômico, mas restaurar, quando possível, a relação entre o agressor e o agredido, restaurar o próprio agressor com aplicação de penas que permitam efetivamente a reintegração social.

Francisco Amado Ferreira (2006, p. 25) afirma que a ideia restaurativa para a vítima é muito ampla:

[...] que vai desde a restauração da paz pública e da normalização das relações sociais até à recuperação do *status quo* econômico da vítima anterior à ofensa, passando pela sua reabilitação psico-afetiva. Por outro lado, o sentido da reparação que aqui vai ligado à restituição, reabilitação e indenização dos danos físicos, materiais e psicológicos e sociais da vítima, mas também uma dimensão emocional e simbólica, plena de significado e esperança, que se pode materializar num pedido informal de desculpas por

parte do agressor ou em gestos simbólicos como um aperto de mãos ou um abraço entre aquele e a vítima.

A reparação de danos, em sentido econômico, é apenas uma das facetas da Justiça Restaurativa. A aplicação de penas chamadas de alternativas é também uma prática restaurativa.

As práticas restaurativas são tendências que se espalham pelo mundo, inclusive pelo Brasil, incluindo entre tais práticas a preocupação com a reparação dos danos decorrentes do delito.

Os meios que a vítima pode se valer para alcançar a reparação de danos serão abordados em seguida.

## 5 MECANISMOS DE REPARAÇÃO DE DANOS NO PROCESSO PENAL

Neste tópico, buscou-se trazer para a pesquisa os meios que a vítima pode se valer dentro do processo penal brasileiro para reparar os danos decorrentes do delito e sua efetividade.

### 5.1 Ação Civil *Ex Delicto*

Como vem se frisando no presente trabalho, o delito não gera somente repercussões penais e, havendo vítima, poderá ter gerado a esta danos civis, materiais e morais.

Nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho (p. 258): “Havendo um ilícito penal, há quase sempre um ilícito civil, porque o crime não é somente violação de um bem ou interesse penalmente protegido, mas, também, ilícito civil, como fato que produz um dano”.

No Brasil, o legislador processual penal tratou da denominada ação civil *ex delicto* justamente em um prestígio à vítima, estabelecendo mecanismos para facilitar a reparação do dano causado pela infração penal.

Valendo-se, mais uma vez, do estudo do supracitado autor (p. 259), a finalidade de o Código Processual Penal brasileiro tratar da *actio civilis ex delicto* foi para que “a reparação do dano emergente da infração penal não fosse ‘uma promessa vã e platônica da lei’”.

Analisar-se-á, então, qual a relação entre a ação penal e ação civil de reparação adotada pelo sistema brasileiro e, ainda, quais mecanismos foram criados pelo legislador pátrio para facilitar essa reparação.

#### 5.1.1 Sistemas processuais

A doutrina aponta para existência de alguns sistemas processuais para a relação da ação penal e ação civil *ex delicto*. São eles:

- a) sistema da confusão: nele, temos as duas pretensões, civil e penal, desenvolvidas em uma única ação no juízo criminal. O pedido engloba ao mesmo tempo a condenação e a reparação de danos;
- b) sistema da solidariedade ou da união: aqui teremos duas ações, civil e penal, se desenvolvendo em processo único. Podem ser movidas por pessoas distintas, contra responsáveis diversos. Teremos duas pretensões e dois pedidos, tramitando no mesmo feito;
- c) sistema da livre escolha: a parte opta pelo pleito reparatório na esfera cível ou na penal dentro da discricionariedade do demandante, as ações podem tramitar em conjunto na Justiça criminal, ou em separado; [...] (TÁVORA; ANTONNI, p. 182).

Por fim, existe o sistema da separação ou independência pelo qual “a ação civil para satisfação do dano só pode ser intentada na sede civil” (TOURINHO FILHO, p. 261).

Alemanha, Itália, França, Espanha, Peru e Portugal adotam o sistema da livre escolha, enquanto a Holanda e o Brasil adotam o sistema de independência ou separação.

### 5.1.2 Conceito, competência e legitimidade

Depois de verificado o sistema adotado pelo Brasil, pode-se conceituar a ação civil *ex delicto* de acordo com a lei nacional:

Trata-se da ação ajuizada pelo ofendido, na esfera cível, para obter indenização pelo dano causado pelo crime, quando existente. Há delitos que não provocam prejuízos, passíveis de indenização – como ocorre nos crimes de perigo, como regra. O dano pode ser material ou moral, ambos sujeitos à indenização, ainda que cumulativa (NUCCI; p. 233).

Logo, a ação civil *ex delicto* é a ação proposta em juízo cível pela vítima do delito, visando à indenização dos danos causados pela prática criminosa, sejam eles morais ou materiais.

O juízo competente para conhecer da ação civil será, portanto, o juízo cível, seguindo as regras de competência do processo civil.

A *actio civilis ex delicto* poderá ser proposta pela vítima, representante legal ou seus herdeiros contra o agente infrator ou contra terceiro responsável, como por exemplo, o empregador que tem responsabilidade objetiva pelos fatos de seu empregado (art. 932, inciso III, do CC).

### 5.1.3 Relação entre a ação civil e penal

Como visto, se a vítima sofre algum dano civil decorrente do delito, esta terá direito de ingressar com ação, no juízo cível, buscando a indenização.

Todavia, ainda que as ações penais e civis tramitem por juízos diferentes, existe uma relação entre estas.

O artigo 935 do Código Civil dispõe: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Tal dispositivo legal reforça qual sistema é adotado pelo Brasil, porém alerta que a decisão em sede penal vincula, em alguns casos, o resultado da ação civil.

Atente-se que, como ensina Vicente Greco Filho (p. 127), a ação civil poderá ser proposta “desde o fato e independe da instauração de procedimento penal”.

Porém, o Código de Processo Penal (artigo 64, § único) prevê que ação civil poderá ser suspensa até a decisão definitiva da ação penal.

Embora o dispositivo legal dê a entender que é uma discricionariedade suspender a ação civil até o julgamento da ação penal, muitos doutrinadores, a exemplo de Tourinho Filho (p. 270), entendem que é obrigatória a suspensão da ação civil para proteção da segurança jurídica, evitando decisões conflitantes.

Assim justifica o douto: “Para evitar essas consequências desastrosas, pelo atrito de julgados irreconciliáveis, o *poderá* há de converter-se em *deverá*. É o que se dá no Direito italiano, alemão, espanhol, francês e português, entre outros ordenamentos”.

Nucci (p. 238), em mesmo sentido: “Pensamos que o melhor caminho será sempre a suspensão da demanda civil, aguardando-se o término da penal, a fim de evitar decisões conflitantes”.

Parece a melhor posição, haja vista que, se permitida a continuidade da ação civil, o risco de decisões conflitantes existirá e isso geraria uma grande insegurança jurídica.

Ação civil proposta antes de ser intentada a ação penal será de conhecimento, visando tutela condenatória do agente para pagamento da indenização.

Já ação civil proposta após o trânsito em julgado da ação penal será de execução, mas também poderá ser de conhecimento conforme as hipóteses que serão vistas. Ademais, dependendo do resultado da ação penal, poderá ser obstada a ação civil.

#### 5.1.3.1 Ação civil e sentença penal condenatória

Nos termos do artigo 91, inciso I do *Codex Penal*, um dos efeitos da condenação criminal é “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”.

No mesmo viés utilizado na defesa da obrigatoriedade da suspensão da ação civil até trânsito em julgado da ação penal, esta disposição da lei penal existe para evitar decisões conflitantes.

Ora, a responsabilidade civil é mais ampla do que a responsabilidade penal. Se o acusado é condenado penalmente e da sua prática criminosa resultou danos civis, não há razão para que ele não seja condenado civilmente.

Por fim, se em sede criminal houve condenação, não poderá o juízo cível absolver o réu.

Mas como proceder a ação civil *ex delicto* diante de uma sentença penal condenatória?

Primeiro, cabe transcrever o artigo 63 e parágrafo único do Código de Processo Penal<sup>6</sup>:

Art. 63. Transitada em julgado sentença condenatória, poderão promover-lhe a *execução*, no juízo cível, para efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido (*grifo nosso*).

---

<sup>6</sup> O artigo 475-N do Código de Processo Civil, inciso II, enumera a sentença penal condenatória como título executivo judicial.

Para melhor compreensão, vale, ainda, trazer o inciso IV do artigo 387, referido no parágrafo único transcrito: “Art. 387 O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV – fixará o *valor mínimo* para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido” (*grifo nosso*).

Tanto o parágrafo único do artigo 63, quanto o inciso supracitado tem redação dada pela reforma processual penal ocorrida em 2008 (Lei n. 11.719). Essas alterações na norma são reflexos da nova preocupação com a vítima da infração penal.

O que se conclui da leitura do *caput* do artigo 63 é que a sentença penal condenatória é título executivo no Juízo Civil.

A doutrina sempre destacou que:

Sem embargo de ser título executivo (sentença condenatória), dando ao exequente a *legitimatío ad causam*, não autoriza ele uma execução forçada, pois a sentença penal condenatória não se refere ao dano sofrido pela vítima, a não ser incidentalmente, como, como na hipótese de furto, e muito menos ao *quantum debeatúr* (TOURINHO FILHO, p. 269).

Então, apesar de ser título executivo, a sentença penal condenatória determina o *an debeatúr*, ou seja, o dever de indenizar, mas não o *quantum*. Caberia ao legitimado ingressar com ação civil para execução, mas antes o valor devido seria apurado, nos termos do artigo 475-A do Código de Processo Civil.

No entanto, com as modificações trazidas à lei processual penal em 2008, mais especificamente no artigo 367, inciso IV, já transcrito, o juiz deverá fixar um valor mínimo para indenização na sentença, é um novo requisito para a sentença. Tal disposição aumentou as formas para execução do título.

Com a fixação do valor mínimo da indenização, a vítima poderá simplesmente executar a sentença condenatória em ação civil sem necessidade de liquidação, apenas pela quantia fixada em sentença, como se afere da leitura do parágrafo único do artigo 63 do CPP.

Baltazar Júnior (p. 286), ao comentar sobre a fixação de indenização na sentença penal, afirma que o objetivo da reforma é “claramente, tornar mais célere a reparação do dano para o lesado, uma vez que, estando fixado o patamar mínimo do dano, não haverá necessidade de processo civil de liquidação”.

Vale lembrar que, apesar da celeridade pretendida, é uma faculdade da vítima executar o título pelo valor mínimo, sendo assim, não está obrigada a

concordar com a quantia estabelecida e poderá haver liquidação. Não há dúvidas diante da redação legal.

Mas, e se o juiz omitir o valor mínimo da sentença?

Mais uma vez, Baltazar Júnior (p. 285) explica que tal omissão não gera nulidade da sentença, porém é possível opor embargos de declaração para saná-la.

Alguns autores, a exemplo de Nucci, consideram que a reforma foi incompleta, visto que determinou apenas o estabelecimento de valor mínimo, quando na verdade toda apuração do *quantum* deveria ser feita no processo penal:

O correto seria o estabelecimento de um valor real, debatido no processo criminal, a fim de não sobrecarregar a esfera cível com nova discussão a respeito do mesmo tema. Ademais, se o ofendido conseguir um valor mínimo qualquer, sem atingir o efetivamente devido, poderá sentir-se duplamente enganado. O Judiciário fixa-lhe um valor pífio, que não o deixa satisfeito, embora se sinta desmotivado para, novamente, demandar no cível outros valores (NUCCI, p. 236).

Em seu turno, Baltazar Júnior (p. 286) defende que o valor mínimo objetiva dar mais celeridade e é uma opção para a vítima, evitando também que a ação penal se prolongue além do necessário.

Parece correto o último entendimento, pois havendo como o juiz penal determinar o valor da indenização com as provas que possui, melhor. Se não, prolongar a ação penal, que é muito mais gravosa que a cível, para apuração da indenização, não é prudente.

Por fim, o juiz penal não está obrigado a fixar valor mínimo se não há, nos autos, modo de aferi-lo ou quando o delito não provocou prejuízos. No mesmo sentido, não está obrigado o magistrado penal determinar o valor de indenização por danos morais. São entendimentos de Baltazar Júnior (p. 287) decorrentes do fato de que a fixação do valor mínimo visa facilitar a indenização, porém sem alongar a ação penal.

Como visto, a sentença penal condenatória é título executivo no Juízo Civil. Mas, a responsabilidade civil não recai necessariamente sobre o autor do fato, sendo que a lei civil prevê situações em que a responsabilidade é objetiva.

O artigo 932 do Código Civil elenca algumas situações em que há responsabilidade civil objetiva. Pode-se citar a situação do empregador que é

responsável pela reparação do dano causado pelo empregado no exercício de sua função ou em razão desta (inciso III).

Neste caso, se o empregado comete uma infração penal, no exercício de sua função, que causa dano à vítima, é condenado, poderá esta executar a sentença em Juízo Civil em relação ao empregador, responsável objetivamente?

A resposta é não, em razão do sobreprincípio do devido processo legal e os princípios por ele abarcados, ampla defesa e contraditório.

Reproduzindo a lição de Nucci (p. 238):

Não pode responder, como fato incontroverso e definitivo, aquele que não participou da ação penal. Assim, caso o empregado de alguém cometa, no exercício da função, um ilícito penal qualquer, a vítima não pode valer-se da sentença penal condenatória para, formando o título executivo, exigir, no cível, indenização de seu patrão. Desejando, pode ingressar com ação contra o próprio autor do delito, mas caso queira- ou necessite- voltar-se contra o empregador, deve mover ação de conhecimento, permitindo a este a ampla defesa, assegurada a qualquer pessoa.

Como o empregador, responsável objetivamente, não participou da relação jurídica processual penal, não pode sofrer as consequências desta, pois não foi lhe dado a oportunidade para a defesa.

Salienta Tourinho Filho (p. 268) que a coisa julgada faz lei entre as partes e quem não participou da relação processual não pode por ela ser prejudicada.

Porém, tanto Tourinho Filho quanto Nucci, supracitados, apontam para um problema. Se a vítima deverá ingressar com ação civil de conhecimento contra o patrão, haverá riscos de decisões conflitantes.

Os doutos, partindo do fato de que o Brasil não permite a participação do responsável civil no processo penal pela independência da jurisdição, solucionam o problema apontado adotando a regra do artigo 935 do Código Civil, ou seja, na ação civil de conhecimento contra o patrão, não poderá mais ser discutida a existência do fato ou a autoria.

Caberia, então, ao patrão apenas se defender quanto ao empregado não estar no exercício de sua função quando cometeu o delito para tentar se eximir de responsabilidade.

### 5.1.3.2 Ação civil e sentença penal absolutória

A sentença penal absolutória poderá causar influência na ação *civilis*. Primeiramente, vejamos quais as causas que podem ser reconhecidas pelo juiz penal para absolver o réu (artigo 386, *caput*, do CPP):

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I – estar provada a inexistência do fato;
- II – não haver prova da existência do fato;
- III – não constituir o fato infração penal;
- IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
- V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do artigo 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
- VII – não existir prova suficiente para a condenação.

A partir da análise dos incisos transcritos será verificada a relação entre sentença penal absolutória e a ação civil.

Inicialmente, observar-se-á quando a absolvição criminal não influencia no juízo cível, ou seja, não fazem coisa julgada. São as hipóteses dos incisos II, III, V e VII.

Se a absolvição se deu por falta de provas da autoria ou da materialidade, nada obsta que a vítima ingresse com ação civil para ter reparados os seus danos. É ação de conhecimento em que o autor terá que provar o dano e a responsabilidade pela reparação.

Da mesma forma, se o réu não foi condenado porque o fato não constituía infração penal, nada impede a ação civil, pois, embora não haja crime, pode haver ilícito civil.

Nas palavras de Nucci (p. 242) sobre essas hipóteses: “Em todas essas situações o juiz penal não fechou questão em torno de o fato existir ou não, nem afastou, por completo, a autoria em relação à determinada pessoa, assim como não considerou lícita a conduta”.

Parte das considerações do douto está no artigo 66 do Código de Processo Penal: “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

Outra parte pode ser encontrada no artigo 67, inciso III, que dispõe que a ação civil não será obstada por “sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime”.

Por sua vez, há casos em que absolvição criminal faz coisa julgada no juízo cível e obsta a pretensão de reparação de dano. São as situações dos incisos I e IV.

Observe-se que tais incisos pressupõem um reconhecimento categórico de que não ocorreu o fato ou o réu não concorreu para o evento danoso. Em respeito à segurança jurídica, não pode haver uma ação civil que discuta aquilo que já foi provado em Juízo Penal.

O que exige um pouco mais de atenção é a análise do inciso VI. O artigo 65 do Código de Processo Penal dispõe: “Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

São todas hipóteses de excludentes de ilicitude que, a princípio, impedem que a vítima ingresse com ação para reparação de danos, visto que não pode o legislador considerar lícito agir sobre tais circunstâncias e fazer com que o autor repare os danos.

O artigo 188 do Código Civil, em consonância com o artigo 65, também prevê que não são atos ilícitos aqueles cometidos sob uma excludente de ilicitude (artigo 23 do Código Penal).

Mas, a regra do artigo 65 não é absoluta.

Há exceção com relação ao estado de necessidade e legítima defesa. Toma-se a explicação de Capez (p. 166):

Há duas exceções a essa regra: no estado de necessidade agressivo, onde o agente sacrifica o bem de terceiro inocente, este pode acioná-lo civilmente, restando ao causador do dano a ação regressiva contra quem provocou a situação de perigo (cf. arts. 929 e 930, *caput*, do CC); na hipótese de legítima defesa, onde por erro de execução, vem a ser atingido terceiro inocente, este terá direito à indenização contra quem o atingiu, ainda que este último estivesse em situação de legítima defesa, restando-lhe apenas a ação regressiva contra seu agressor (cf. parágrafo único do art. 930 do CC).

Logo, no estado de necessidade agressivo é possível pleitear a indenização, o mesmo não se aplicando ao estado de necessidade defensivo, em

que o dano recai sobre o próprio causador do estado de perigo. A outra exceção é da legítima defesa com *aberratio ictus*, já que o inocente atingido não pode simplesmente ser prejudicado. Em todos os casos, ao autor cabe regresso contra o causador do perigo e contra o injusto agressor.

Da mesma forma, cabe pontuar que não obsta a ação civil a legítima defesa putativa.

Continuando a análise do inciso, têm-se, ainda as excludentes de culpabilidade e a dúvida acerca da existência de causa justificadora. Nas palavras de Távora e Antonni (p. 184):

Já quanto às excludentes de culpabilidade, estas em regra não inibem a obrigação de indenizar, da mesma forma, se o magistrado está em dúvida acerca da existência do crime (parte final do dispositivo), deve absolver. Nada impede que na seara cível fique demonstrada a ocorrência do mesmo, e a obrigação indenizatória se estabeleça.

Existem outras decisões do juiz penal que também não obstam a ação civil, previstas no artigo 67: o despacho que arquiva o inquérito (inciso I) e a sentença que julga extinta a punibilidade do autor (inciso II).

Quanto à possibilidade de absolvição sumária no procedimento comum, das causas previstas no artigo 397<sup>7</sup> do Código de Processo Penal, o inciso I (“existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato”) obsta, em regra, a ação civil, com as exceções acima expostas. Já os incisos II ao IV do referido dispositivo, preveem hipóteses que não obstam a ação civil.

Em relação às hipóteses de absolvição sumária nos crimes dolosos contra vida no procedimento do júri enumeradas no artigo 415<sup>8</sup> do *Codex* preferido, obstam a ação penal quando a absolvição se deu por força dos incisos I, II e segunda parte do IV (em regra) pelas mesmas explicações feitas acima. Os motivos dos incisos III e IV, primeira parte, por sua vez, não impedem que a vítima ingresse com ação civil para a reparação dos danos.

<sup>7</sup> Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I – A existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;

III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

IV – extinta a punibilidade do agente.

<sup>8</sup> Ar. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

I – provada a inexistência do fato;

II – provado não ser ele o autor ou partícipe do fato;

III – o fato não constituir infração penal;

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

A sentença de impronúncia, por sua vez, não faz coisa julgada no cível, visto que não decide consubstancialmente sobre a materialidade ou autoria delitiva, podendo haver prova destas na ação civil.

#### 5.1.4 Considerações finais

Por fim, cabem, ainda, algumas considerações sobre a ação civil.

*Ab initio*, existe a possibilidade de, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a coisa julgada ser desconstituída em favor do réu por revisão criminal (art. 621, CPP).

Nessa hipótese, como ficaria a execução do título em juízo cível que já se iniciou ou não? E se já houve trânsito em julgado da ação civil?

Havendo o ajuizamento de revisão criminal, e sendo julgada procedente, o título materializado na sentença condenatória transitada em julgado desaparece, impedindo-se o início da execução no âmbito cível ou eliminando-se aquela já iniciada. Se o pagamento já tinha ocorrido, abre-se a possibilidade de ação de restituição, para rever o que pagou. Pode ocorrer ainda o trânsito em julgado da sentença cível assegurando a indenização. Se posteriormente, advier no âmbito penal sentença absolutória reconhecendo a inexistência do fato, admite-se agora, na esfera civil, o manejo da ação rescisória (art. 485, CPC) (CAPEZ, p. 187).

Para evitar essa última hipótese levantada, a doutrina, mencionada em outro tópico, em sua maioria, alerta que a ação civil deverá ficar suspensa até a solução definitiva da ação penal.

Outro ponto que se deve destacar, ainda, é o previsto no artigo 68 do Código de Processo Penal: “Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (artigo 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (artigo 63) ou a ação civil (artigo 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.”.

O entendimento dominante na doutrina é que, por força da Constituição Federal, especificamente no artigo 129 que estabelece as funções do Ministério Público, não cabe mais a este defender interesses individuais. Esta função passa a ser da Defensoria Pública, porém nem todos os estados da federação tem sede da instituição.

Por isso, Demercian e Maluly (p. 156) acreditam que o dispositivo do Código Processual Penal está em “processo de inconstitucionalização progressiva”. A justificativa é que “o cidadão não pode ficar sem o amparo jurídico do Estado,

mantém a legitimidade do *Parquet* de propor a ação civil *ex delicto*, enquanto não implementada esta substituição”.

Da mesma forma sustenta Guilherme de Souza Nucci (p. 243), pautado inclusive em julgado do Supremo Tribunal Federal<sup>9</sup>.

## 5.2 Meios para Garantir a Reparação

Anteriormente, analisou-se que a vítima, após sofrer danos decorrentes de um delito, poderá ingressar com uma ação civil. Viu-se também que, apesar da legislação brasileira adotar o sistema da independência entre a jurisdição penal e civil, existe uma relação entre estas, podendo o ofendido, em caso de sentença penal condenatória, executá-la em sede civil para obter a reparação de danos.

Mas, o que é indagado é se, na própria persecução penal, o legislador preocupou-se em garantir o interesse civil da vítima, assegurar o pagamento de indenização ou a restituição de um bem furtado.

Sendo assim, analisar-se-á em seguida meios em que a vítima poderá ser ressarcida em seara penal e, ainda, medidas processuais assecuratórias da sua reparação em posterior processo civil.

### 5.2.1 Restituição de coisas apreendidas

Durante a fase inquisitiva da persecução penal é que ocorrem diligências de busca e apreensão de coisas, segundo o disposto no artigo 6º, inciso II do Código de Processo Penal.

---

<sup>9</sup> Veja-se a ementa do Acórdão proferido em decisão de Agravo de Regimental em Recurso Extraordinário (RE 341717 AgR / SP - SÃO PAULO; Ministro Relator – Celso de Mello):

E M E N T A: MINISTÉRIO PÚBLICO - AÇÃO CIVIL EX DELICTO - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 68 - NORMA AINDA CONSTITUCIONAL - ESTÁGIO INTERMEDIÁRIO, DE CARÁTER TRANSITÓRIO, ENTRE A SITUAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E O ESTADO DE INCONSTITUCIONALIDADE - A QUESTÃO DAS SITUAÇÕES CONSTITUCIONAIS IMPERFEITAS - SUBSISTÊNCIA, NO ESTADO DE SÃO PAULO, DO ART. 68 DO CPP, ATÉ QUE SEJA INSTITUÍDA E REGULARMENTE ORGANIZADA A DEFENSORIA PÚBLICA LOCAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

Nas palavras de Vicente Greco Filho (p. 174): “Há três tipos de coisas que podem interessar ao processo penal e que poderão ser apreendidas: os instrumentos do crime, os proventos da infração e objeto de simples valor probatório”.

O douto enumerou tais objetos com nos incisos do artigo 240 do Código citado.

Capez (p. 404-405) aponta, por sua vez, que:

Não podem ser apreendidos as coisas ou os valores que constituam proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso, mediante sucessiva especificação (joias feitas com ouro roubado) ou conseguidos mediante alienação (dinheiro da venda do objeto furtado).

O autor, ainda, acrescenta que não podem ser apreendidos bens ou valor que tenham sido pagos como recompensa ao criminoso.

Interessam saber, por ora, quais bens podem ser apreendidos e restituídos à vítima para que esta tenha reparação do prejuízo causado pelo criminoso. Os bens ou valores não restituíveis, ver-se-á podem ser objeto de medida assecuratória.

O primeiro ponto sobre a restituição é quando ela poderá ser feita. Segundo o artigo 118 do *Codex* Processual Penal, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas, enquanto interessarem ao processo, até o trânsito em julgado.

Sendo assim, as coisas que não tem interesse ao processo, podem ser restituídas até antes do trânsito em julgado.

Após, o segundo ponto que deve ser analisado são quais objetos poderão ser restituídos à vítima.

Cabe a transcrição do artigo 91, inciso II do Código Penal:

Art. 91. São efeitos da condenação:

I – (...)

II – a perda em favor da União, *ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé*:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. *(grifo nosso)*

Iniciando pelo instrumento do crime nos termos da alínea “a”, em regra, ocorre perda em favor da União, mas nada impede que, se tal instrumento pertence à vítima que detinha licitamente tenha restituída coisa.

Tourinho Filho (p. 475) exemplifica:

Assim, um Colt 45, arma privativa do Exército, se furtada de um Oficial, uma vez apreendida, poderá ser restituída. Diz a lei que o terceiro de boa-fé poderá reclamá-las. Assim, se alguém furta de um colecionador alguma arma proibida, uma vez apreendida, nada impede que possa reivindicá-la.

Tratando-se do produto do crime, nos termos da alínea “b”, este também poderá ser restituído à vítima. Sendo assim, se alguém tem um relógio furtado e este é apreendido, deverá ser restituído o objeto ao ofendido.

Lembrando que, quando a lei fala sobre produto do crime, significa o produto direto, por exemplo, a *res furtiva* do furto. Como visto, o produto indireto, a recompensa pelo crime não podem ser apreendidos.

É claro que, se o produto o produto do crime não pertencia de forma lícita ao “lesado”, não poderá ser ele restituído. Como em uma situação em que o traficante tem drogas tem seu produto furtado.

Mas como pode ser feita a restituição?

Se não houver dúvida quanto ao direito do interessado sobre a coisa nem dúvida quanto à possibilidade de a coisa apreendida se enquadrada numa das hipóteses do art. 91, II, do Código Penal, a devolução da coisa ao proprietário ou legítimo possuidor pode ser feita pela autoridade policial ou pelo juiz, lavrando-se termo nos autos do inquérito ou processo. Não pode haver dúvida, também, sobre a licitude administrativa ou penal do uso ou porte da coisa, porque não serão devolvidas coisas de porte ilícito, independentemente de condenação (GRECO FILHO, p. 175).

Então, não havendo dúvidas sobre a restituição, poderá esta ser feita até pela autoridade policial, claro se o objeto não interessar ao processo.

Caso haja dúvida sobre o direito de quem reclamada a coisa, somente o juiz poderá decidir. O procedimento se inicia com o requerimento do interessado. Veja-se:

Formulado o requerimento, que deve ser autuado à parte, e conclusos os autos do incidente ao Juiz criminal, deverá este, se viável a restituição, determinar, na hipótese de dúvida quanto ao direito do reclamante, se lhe abra vista dos autos para, em 5 dias, fazer prova do seu direito. Após, uma vez ouvido o órgão do Ministério Público, proferirá a sua decisão (TOURINHO FILHO, p. 478).

O parágrafo segundo do artigo 120 do Código de Processo Penal determina que o juiz penal remeta o julgamento da restituição ao Juízo Cível quando a causa for complexa.

Então, a vítima poderá ter restituída coisa que lhe foi retirada pela prática do crime ainda no inquérito policial, se esta não tem interesse para o processo. Assim, em uma situação de furto, *v.g.*, o ofendido logo terá os danos reparados.

Mas, nem sempre é possível a apreensão de coisas e conseqüente restituição. Por isso, na legislação processual penal, existem medidas que asseguram que a vítima possa ser reparada posteriormente.

### **5.2.2 Medidas assecuratórias penais**

Como se vem frisando neste trabalho, quando ocorre um crime, nasce com ele a pretensão punitiva do Estado, mas também, na maioria das vezes, nasce o direito da vítima de reparação dos danos decorrentes da infração penal.

Diante do direito à reparação, ao ofendido é dado o direito de ingressar com uma ação civil *ex delicto* logo após o delito ou executar no Juízo Cível a sentença penal condenatória.

Ocorre que, por vezes, o processo criminal demora de tal forma que, até que ocorra o trânsito em julgado, o criminoso já não tem bens para o pagamento da indenização pelos danos causados.

Por isso, o legislador processual penal incorporou medidas assecuratórias ou também chamadas de precautórias, que são próprias do processo civil, mas com a oportunidade de poderem ser requeridas em seara penal podem otimizá-las, torná-las mais eficientes.

Segundo Capez (p. 420) as medidas assecuratórias:

São providências cautelares de natureza processual, urgentes e provisórias, determinadas com o fim de assegurar a eficácia de uma futura decisão judicial, seja quanto à reparação do dano decorrente do crime, seja para efetiva execução da pena a ser imposta.

Então, as medidas assecuratórias são de natureza cautelar e visam assegurar uma posterior ação civil para reparação de danos após o crime, bem

como, para assegurar que sejam pagas as custas processuais e eventual pena pecuniária aplicada ao réu.

São medidas assecuratórias o sequestro, hipoteca legal e arresto. Elas são processadas de forma incidental no Juízo Penal que julga a responsabilidade penal do acusado.

A seguir, será abordada cada uma das espécies.

### 5.2.2.1 Sequestro

*Ab initio*, será conceituado o instituto utilizando-se das lições de Nucci (p.364):

É a medida assecuratória consistente em reter bens imóveis e móveis do indiciado ou acusado, ainda que em poder de terceiros, quando adquiridos com o proveito da infração penal, para que deles não se desfaça, durante o curso da ação penal, a fim de se viabilizar a indenização da vítima ou impossibilitar ao agente que tenha lucro com a atividade criminosa (art. 125, CPP).

Como visto, os bens que o criminoso possa adquirir com os proventos do crime não podem ser apreendidos, somente aqueles que são produtos diretos. Logo, o legislador criou o sequestro para resguardar a reparação do dano e também para evitar que alguém possa se beneficiar com o delito, existindo também interesse público na medida.

O sequestro pode recair tanto sobre bens móveis quanto sobre bens imóveis, até quando tais bens estejam em mãos de terceiro, de boa-fé ou não.

O artigo 125 da legislação processual penal trata do sequestro de bens imóveis e o artigo 132, por sua vez, trata do sequestro de bens móveis.

Da leitura do artigo 126 da mesma lei, que se aplica também para o sequestro de móveis, afere-se qual o requisito essencial do instituto, que o existam “indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”.

Sobre tal expressão legal, Capez explica (p. 421):

A expressão ‘indícios veementes’ significa mais do que meros indícios, mas menos do que prova plena, já que nessa fase vigora o princípio *in dubio pro societate*. Podemos entender como tal a probabilidade séria de que o bem tenha proveniência ilícita.

Em mesma direção esclarece Nucci (p. 366): “A norma fala em *indícios veementes* buscando uma quase certeza da proveniência ilícita do bem sequestrável, não se referindo à certeza [...]”.

É claro que meros indícios não podem ser utilizados para sequestrar um bem, visto que o direito de propriedade é garantido constitucionalmente (artigo 5º, XXII). Mas, por outro lado, não é possível exigir prova plena, já que, como será pontuado, o sequestro poderá ocorrer até mesmo antes da ação penal e, exigir prova cristalina poderia obstar a medida.

Segundo a leitura do artigo 127 do Código de Processo Penal, o sequestro pode ser requerido até mesmo antes do recebimento da denúncia ou queixa, ou seja, durante a fase de inquérito policial.

Os legitimados para o requerimento do sequestro de acordo com o dispositivo serão a vítima e o Ministério Público. O juiz poderá, de ofício, determinar o sequestro e, ainda, a autoridade policial poderá representar para que este ocorra. Caso a vítima seja incapaz, o pedido pode ser feito pelo seu representante legal e, sendo falecida, cabe a seus herdeiros.

Cabe ao magistrado, por provocação ou *ex officio*, decretar ou negar o sequestro. Da decisão caberá apelação nos termos do artigo 593, inciso II do Código de Processo Penal.

Se a medida recair sobre bem imóvel, após determinar o sequestro, o juiz também determinará sua inscrição no Registro de Imóveis (artigo 128, CPP).

A inscrição faz com que não seja possível a terceiro que adquira o imóvel posteriormente alegue boa-fé, “uma vez que qualquer certidão extraída do Registro de Imóveis, o que é essencial para a garantia da boa transação, acusará a indisponibilidade do bem” (NUCCI, p. 366).

O sequestro será processado em apartado e poderão ser opostos embargos de terceiro (artigo 129, CPP).

Os incisos do artigo 130 preveem outros legitimados para oposição de embargos:

Art. 130. O sequestro poderá ainda ser embargado:

- I – pelo acusado, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração;
- II – pelo terceiro, a quem houverem os bens sido transferidos a título oneroso, sob fundamento de tê-los adquiridos de boa-fé.

Os embargos previstos no artigo 129 são de terceiro alheio à infração penal. Segundo Greco Filho (p. 178), é aquela hipótese em que o bem sequestrado aparentava ser o acusado ou indiciado, porém pertence ao terceiro, que não tem qualquer relação com o crime. Tourinho Filho (p. 489) fala em terceiro “senhor e possuidor do bem”.

O acusado também poderá opor embargos, mas sua única defesa será que o bem não foi adquirido com proventos criminosos.

O terceiro de boa-fé (artigo 130, II), diferente do terceiro do dispositivo anterior, não é aquele alheio ao delito, mas sim, aquele que tenha adquirido o bem sem ter conhecimento da origem ilícita. No entanto, somente poderá embargar se adquiriu o bem de forma onerosa.

O juiz penal é o competente para conhecer e julgar os embargos, sendo que nas hipóteses do artigo 130, o parágrafo único determina que os embargos somente serão decididos após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Caso o sequestro tenha sido determinado em fase inquisitiva e a ação penal não for proposta em até 60 dias depois de concluída a diligência, o sequestro será levantado (artigo 130, I, CPP).

Outras hipóteses de levantamento do sequestro são se o terceiro que adquiriu os bens prestar caução para garantir a indenização do lesado ou o confisco da União e, por fim, se o juiz penal proferir, nos autos principais, sentença absolutória ou que julgue extinta a punibilidade (artigo 130, II e III, CPP).

Não havendo o levantamento do sequestro, com o trânsito da sentença condenatória, o juiz penal, de ofício ou a requerimento do interessado, mandará avaliar o bem e vendê-lo em hasta pública (artigo 133, CPP). O dinheiro adquirido com a venda será revertido à vítima do delito ou ao terceiro de boa-fé, o restante será confiscado pela União.

#### 5.2.2.2 Especialização da Hipoteca Legal

Preliminarmente é necessário definir o que é a hipoteca.

Para tanto, vale citar Magalhães Noronha (1990, p. 76): “É um direito real de garantia instituído a favor do credor, para ser pago pelo valor do bem objeto daquela garantia, com preferência a outros credores”.

Logo, a hipoteca é uma garantia real que, embora não esteja no conceito do duto, recai sobre bem imóvel para assegurar o direito do credor.

A hipoteca, na maioria das vezes, se dá por convenção entre as partes, mas poderá decorrer da lei, chamada hipoteca legal.

O Código Civil conferiu ao ofendido e seus herdeiros a hipoteca legal sobre os bens do delinquente para garantir a reparação dos danos decorrentes do crime e, ainda, o pagamento de despesas processuais (artigo 1.489, inciso III). No entanto, apesar de conferida por lei, esta hipoteca deverá ser registrada e especializada (artigo 1.497, *caput*).

De acordo com Vicente Greco Filho (p. 179): “A especialização da hipoteca legal é um procedimento que tem por finalidade definir os bens sobre os quais incide, estimar, provisoriamente, o valor do dano e promover a inscrição da hipoteca no Registro Imobiliário.”

O estatuto processual penal prevê a medida assecuratória da especialização da hipoteca legal (artigos 134 a 136). Tal medida recairá sobre os bens imóveis de origem lícita do ofensor, ao contrário do sequestro, havendo apenas interesse na satisfação dos danos e pagamento de custas, não existindo o interesse público de não permitir que o delinquente obtenha lucros do crime.

Existem pressupostos ou requisitos para a medida cautelar (artigo 134, CPP). Nas palavras de Tourinho Filho (p. 493):

Para ser requerida a especialização da hipoteca legal, é preciso a coexistência desses dois pressupostos: a) certeza da existência da infração *a parte objecti*, isto é, prova inequívoca da materialidade do fato delituoso; b) indícios suficientes de autoria.

Veja-se que, nesta medida, os pressupostos recaem sobre o crime e o acusado e não sobre o bem, visto que o imóvel é de origem lícita.

Quanto ao momento para requerer a especialização da hipoteca legal, a doutrina se divide.

O artigo 134 do *Codex* Processual Penal dispõe que a cautelar poderá ser requerida em qualquer fase do processo. Mas Tourinho Filho (p. 493), seguido por Nucci (p. 369), afirma que é uma falha de redação do dispositivo, vez que este

também utilizou o termo “indiciado” que remete à fase de inquérito, então, a medida poderia ser requerida tanto nesta fase quanto no processo.

Já E. Magalhães Noronha (1990, p. 77), Távora e Antonni (p. 275), Demercian e Maluly (p. 273) entendem que o legislador somente permitiu o requerimento de especialização durante o processo, pois quando regulamentou o sequestro permitiu expressamente que o seu requerimento fosse feito antes do recebimento da denúncia ou queixa.

Seja qual a posição adotada, o juiz competente para conhecer do requerimento da especialização é o juiz penal.

Mas quem pode fazer o requerimento? O estatuto processual penal fala apenas no ofendido, mas a partir do artigo 1.489, inciso III do Código Civil, pode-se aferir que também têm legitimidade os herdeiros. Ainda, no caso do ofendido ser incapaz, o pedido poderá ser feito pelo seu representante legal.

Além desses legitimados, a doutrina traz o Ministério Público, com previsão legal no artigo 142, do CPP:

Pode também ser requerida pelo órgão do Ministério Público, desde que: a) o ofendido seja pobre e o requerer; b) haja interesse da Fazenda Pública. Quer-nos parecer que onde houver Defensoria Pública, parte legítima para requerer a especialização de hipoteca legal em favor do pobre, se este o requerer, é o Defensor Público (TOURINHO FILHO, p. 493).

É mesmo contexto em que se enquadra a questão da legitimidade do *Parquet* para propor a *actio civilis ex delicto*, já tratada. O Ministério Público, então, somente atuará em nome do ofendido pobre quando não houver Defensoria Pública.

A finalidade da hipoteca legal, como mencionado, é a de garantir a reparação dos danos decorrentes do delito e, ainda, o pagamento de custas processuais ou eventuais penas pecuniárias. Segundo se afere da leitura do artigo 140 da lei processual penal, se o bem imóvel não for suficiente para o pagamento da indenização ao ofendido e custas, aquela tem preferência.

O artigo 135 do Código de Processo Penal estabelece o procedimento da cautelar. Segundo o dispositivo, o ofendido (ou demais legitimados) deverá fazer um requerimento para especialização da hipoteca que conterà o valor estimado da responsabilidade civil, indicará o imóvel ou imóveis que serão hipotecados, bem como seu valor estimado.

Segundo o parágrafo primeiro do supracitado artigo:

A petição será instruída com as provas ou indicação das provas em que se fundar a estimação da responsabilidade, com relação dos imóveis que o responsável possuir, se outros tiver, além dos indicados no requerimento, e com os documentos comprobatórios do domínio.

Mas a estimativa de valores colocadas na petição não é definitiva, pois o próprio artigo 135, parágrafo segundo, prevê que o magistrado nomeará perito judicial para determinar o valor dos imóveis especializados e da indenização.

Uma observação que deve ser feita é que, como a hipoteca conferida ao ofendido sobre os bens imóveis do acusado foi estabelecida em lei, presentes os pressupostos (certeza da materialidade e indícios de autoria), não cabe ao juiz penal deferir ou indeferir o requerimento da especialização.

Neste sentido, Nucci (p. 370): “A hipoteca sobre os bens imóveis do autor da infração penal decorre de lei, logo, não é caso de ser deferida ou indeferida pelo juiz”.

A especialização da hipoteca legal é apenas para determinar sobre qual imóvel ela recairá, já que, não podem todos os bens imóveis do criminoso ser constrictos se a reparação não tem um montante correspondente.

Voltando ao procedimento da especialização, após realizada a perícia judicial, segundo o parágrafo terceiro do artigo 135, o juiz dará as partes o prazo de dois dias para se manifestarem sobre os valores e, se entender necessário, poderá corrigir estes.

De acordo com o parágrafo quarto, o juiz determinará a inscrição do imóvel necessário para garantir a responsabilidade.

Tourinho Filho (p. 494) afirma: “A inscrição da hipoteca é requisito indispensável a fim de valer contra terceiros”.

O parágrafo sexto do artigo 135 prevê que, se o réu não quer ter seu imóvel hipotecado, poderá oferecer caução suficiente. Alerta-se que o juiz poderá ou não aceitar a caução oferecida.

O legislador previu uma medida preventiva para a especialização da hipoteca legal no artigo 136 do Código Processual Penal. Então, antes do requerimento da especialização da hipoteca, o ofendido poderá pedir o arresto do imóvel que se pretende que seja especializado e, assim, o bem imóvel ficará constricto.

A medida do arresto de imóvel antes da especialização é uma proteção, criada para evitar que o acusado aliene seu patrimônio ou pratique fraudes para não ter os bens imóveis hipotecados.

Mas decretado o arresto do imóvel, o interessado terá 15 (quinze) dias para requerer a especialização da hipoteca sob pena de levantamento da medida preventiva.

Se ocorrer a condenação definitiva do réu, os autos da hipoteca serão remetidos ao juízo cível (artigo 143, CPP). Se o ofendido já havia ingressado com a ação civil e esta estava suspensa em decorrência da ação penal, é remetido a este. Se a vítima aguardou a ação penal para executar a sentença no juízo civil, o juiz penal remeterá os autos quando a competência ficar estabelecida.

Ao contrário do sequestro, caso em que o próprio juiz penal realiza a avaliação e venda do bem, na hipoteca o juízo penal procede a especialização e inscrição, mas não a alienação, esta cabe ao juízo cível. Isto porque, no sequestro o bem constricto é de origem ilícita e existe o interesse público, enquanto a hipoteca recai sobre o patrimônio lícito do acusado.

Em seara civil, proceder-se-á, segundo Tourinho Filho (p. 496), de acordo com o parágrafo quinto do artigo 135, ou seja, a liquidação da indenização será definitiva, podendo os interessados requerer um novo arbitramento se não estiverem satisfeitos com o feito antes da condenação.

No entanto, se o réu for absolvido ou tiver julgada extinta a sua punibilidade por sentença irrecorrível, a hipoteca será cancelada (artigo 141 do CPP). Como visto anteriormente, dependendo da hipótese, restará à vítima buscar no juízo civil a reparação de dano e medidas cautelares.

### 5.2.2.3 Arresto

Foi visto que, se não é possível fazer apreensão e restituição de objetos, havendo bens, móveis ou imóveis, que tenham origem ilícita, a vítima poderá requerer seu sequestro para o pagamento da indenização pelos danos decorrentes do delito.

Não havendo bens a para sequestrado, a procura passa a ser por bens de origem lícita. Primeiramente, o melhor é a busca por imóveis e a vítima tem

direito à hipoteca legal, sendo que, em juízo penal, poderá ela ter a especialização e inscrição desta.

Mas, e se o acusado não possui um imóvel ou, mesmo que possua, o valor deste é inferior ao montante dos danos causados?

Para esses casos que o Código Penal prevê outra medida cautelar, o arresto de móveis (artigo 137). Uma constrição aos móveis de origem lícita pertencentes ao acusado para garantir a satisfação dos prejuízos causados pelo delito.

Aplica-se ao arresto de móveis o mesmo que à especialização da hipoteca legal, então, para que seja possível deverá prova da materialidade do crime e indícios da autoria. Os bens móveis também serão especializados.

Os bens que podem ser arrestados, nos termos do CPP, serão todos aqueles bens móveis penhoráveis. O artigo 649 do Código de Processo Civil enumera os bens insuscetíveis de penhora.

Após a decisão definitiva de condenação, os autos do arresto também serão remetidos ao Juízo Cível e lá se dará a venda para indenização.

Em caso de absolvição, o arresto será levantado.

#### 5.2.2.4 Medidas cautelares penais e responsável civil

Seria possível o ofendido se utilizar das medidas cautelares penais para constrição bens do responsável civil?

Como visto, a lei civil prevê que, em algumas situações, não é somente o causador direto do dano quem tem responsabilidade civil de indenizar, existindo pessoas que são responsáveis objetivamente (artigo 932 do CC).

De acordo com a doutrina, a especialização da hipoteca legal e o arresto de móveis poderão ser requeridos também para os bens do responsável civil. A respeito, Vicente Greco Filho (p. 181):

A especialização e o arresto poderão ser requeridos, no juízo cível, contra o terceiro responsável civil, pelos mesmos legitimados, como preparatório ou incidental de processo de conhecimento condenatório, porque o terceiro responsável, não sendo parte no processo penal, não terá contra si título executivo judicial decorrente da sentença penal. Contra o terceiro, o título executivo será somente a sentença civil, mas sua execução estará garantida pela hipoteca ou arresto.

É mais uma forma de garantir à vítima que ela será reparada.

As medidas assecuratórias penais demonstram a preocupação que o legislador vem tendo com a reparação dos danos decorrentes do delito, elas criam tornam mais fácil à vítima garantir que terá seus prejuízos ressarcidos.

Quando a garantia do ressarcimento é feita ainda no processo penal, existe uma chance maior de serem encontrados os bens. O ofendido pode ingressar com a ação civil assim que ocorre o crime, mas esta, como visto, terá que ficar suspensa até a solução definitiva da ação penal, então, não fossem as medidas cautelares penais, haveria grande chance do acusado não ter mais bens.

Mas, o grande problema é que pouco se utiliza dessas medidas. Neste diapasão, Scarance (p. 204) faz uma crítica:

Mas, na prática, pouco se utiliza das medidas assecuratórias, consequência da falta de trato no processo criminal de matérias civis em virtude da adoção do sistema da independência entre as jurisdições civis e penais e, ainda, derivação da falta de informações à vítima sobre seus direitos, principalmente sobre o importante efeito da condenação consistente na formação de título executivo civil.

Cabe aos operadores do direito, aos advogados prestarem atentarem-se mais à vítima e à reparação e às possibilidades que são dadas dentro do processo penal para que os danos decorrentes do delito sejam reparados.

### 5.2.3 Fiança

O instituto da fiança foi um dos que sofreu alterações pela Lei 12.403/11.

A fiança, nos termos do artigo art. 319 do Código de Processo Penal:

São medidas cautelares diversas da prisão:

[...]

VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; [...].

Preso em flagrante por delito por delito cuja pena máxima cominada não ultrapasse quatro anos, não sendo crime inafiançável, não estando presentes os motivos da prisão preventiva (ou qualquer outra causa impeditiva), a própria autoridade policial pode conceder liberdade provisória ao acusado mediante fiança

(art. 322). Sendo o delito de pena superior, a fiança poderá ser concedida pelo juiz em 48 horas após a prisão (art. 322, § único, CPP).

#### Fixação da fiança:

Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

- a) (revogada);
- b) (revogada);
- c) (revogada).

I – de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

II – de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

- I – dispensada, na forma do art. 350 deste Código;
- II – reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou
- III – aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

§ 2º (Revogado):

- I – (revogado);
- II – (revogado);
- III – (revogado).

Interessa na verdade é que uma das destinações da fiança, em sendo o agente condenado, é para a reparação dos danos decorrentes do delito. Assim preceitua o artigo 336 do Código de Processo Penal:

Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).

Assim, é mais uma forma de resguardar a reparação do dano prevista no processo penal e, como dispõe o parágrafo único, a fiança será utilizada mesmo que houver prescrição da pretensão executiva do Estado.

### 5.3 Juizado Especial Criminal

Se existe um grande avanço no processo penal brasileiro moderno, este é a criação do Juizado Especial Criminal (Jecrim) pela Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995, tratado especificamente a partir do artigo 60. Avanço tanto em relação ao acusado quanto em relação à vítima.

A criação de juizados especiais, tanto civis quanto penais, já estava prevista na Magna Carta, mais especificamente no artigo 98, inciso I:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:  
I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitindo, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...].

Em 08 de dezembro de 2004, a Emenda Constitucional n.º 45 introduziu um parágrafo primeiro ao artigo 98 para permitir que o procedimento sumaríssimo fosse criado também em âmbito federal.

A Lei 9.099/95 trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais em seara estadual, enquanto a Lei 10.259 de 12 de julho de 2001 trata dos Juizados Especiais Federais.

São princípios do procedimento sumaríssimo, previstos no artigo 2º da Lei 9.099/95, a oralidade, a simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

O procedimento sumaríssimo busca simplificar e tornar mais célere o rito para questões mais simples. Nos delitos de competência do Jecrim, não existe inquérito policial. Este é substituído pelo Termo Circunstanciado, que contém versão resumida dos fatos dada pela vítima, testemunhas e acusado.

O rito sumaríssimo busca, tanto em seara civil quanto penal, a conciliação e a transação.

Em relação ao acusado, o Jecrim criou medidas despenalizadoras. Primeiro, uma forma de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, haja vista que o *Parquet* pode transacionar com o acusado (artigo 76 da Lei n. 9.099/95) por meio de aplicação de pena consentida restritiva de direitos ou de multa.

Tem também a possibilidade de suspensão condicional do processo (artigo 89) para delitos cuja pena mínima cominada não seja superior a um ano.

No entanto, o que mais interessa ao presente trabalho é que um dos objetivos previstos no artigo 61 da Lei 9.099/95 é a “reparação dos danos sofridos pela vítima”.

Primeiramente, tem-se que definir a competência do Jecrim. A Constituição Federal estabeleceu que fossem as infrações penais de menor potencial ofensivo e o artigo 61 da Lei 9.099/95 (alterado em 2006, depois de conflito com o Juizado Federal) define estas como “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”

Mas nem todos os delitos cuja pena máxima não ultrapasse dois anos é de competência do Jecrim. Os crimes e contravenções<sup>10</sup> cometidos contra mulheres em âmbito doméstico não podem tramitar pelo rito sumaríssimo pelo artigo 41 da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

Da mesma forma, o crime de lesão corporal culposa em direção de veículos automotores não é de competência do Jecrim se o agente estiver sob influência de álcool ou substância análoga, participando de corrida ou exibição de manobras e, ainda, se transitava a uma velocidade superior em 50 km/h à velocidade permitida (artigo 291, § 1º, incisos I a III, do Código de Trânsito Brasileiro).

Já os crimes previstos na Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) cuja pena máxima cominada não ultrapasse quatro anos são de competência do Jecrim pelo artigo 94 e o Supremo Tribunal Federal<sup>11</sup> já decidiu que o dispositivo é constitucional, mas somente se aplicam os dispositivos da Lei 9.099/95 que beneficiam a vítima e não ao acusado (transação, por exemplo, não se aplica).

Visto os delitos que são de competência do Jecrim, ver-se-á o motivo dessa lei ser considerada um grande avanço para a reparação de danos à vítima.

Nas palavras de Ana Sophia Schmidt de Oliveira (p. 158):

Sem dúvida alguma, a Lei 9.099/95 representou a introdução da questão vitimológica no direito penal brasileiro. Não que o nosso ordenamento a desconhecesse. Como visto, a vítima sempre foi objeto de alguma referência legal, apesar de receber pouca atenção das produções doutrinárias. Mas a Lei 9.099/95 é efetivamente o diploma legal que refletiu, no ordenamento penal brasileiro, o movimento vitimológico internacional de uma maneira mais evidente.

---

<sup>10</sup> Sobre isso já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (CC 2010/0029106-2, Min. Rel. Maria Thereza de Assis).

<sup>11</sup> ADI 3096/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 16.6.2010.

No início deste trabalho, foi feito um levantamento histórico da vítima no processo penal, passando pela vingança privada, ostracismo e redescoberta. O Jecrim resgata a vítima no processo penal, demonstra preocupação do legislador com a reparação de danos.

A manifestação da preocupação do legislador com a reparação de danos à vítima está nos artigos 72 a 74 da Lei 9.099/95. Tais dispositivos preveem a realização de uma audiência preliminar destinada, em princípio, à tentativa de conciliação na busca por acordo civil entre vítima e acusado. Não havendo, poderá ocorrer, ainda, a transação penal oferecida pelo representante do Ministério Público.

A audiência preliminar do Jecrim é realizada antes do oferecimento da denúncia ou queixa e pode dar fim ao procedimento sem que seja intentada ação penal.

Segundo o artigo 72, na audiência preliminar estarão presentes o Ministério Público, o autor, a vítima e, se possível, o responsável civil. Necessário também que vítima e autor estejam acompanhados pelos advogados.

O representante do Ministério Público deverá estar presente, porque em se tratando de ação penal pública, poderá na audiência preliminar oferecer proposta de transação penal.

Para Ada Pelegrini Grinover, *et al.* (1996, p. 107) o autor do fato não poderá ser conduzido coercitivamente à audiência preliminar, justamente porque não existe ainda ação penal: “O autor do fato, antes da denúncia, não é o acusado, e a coerção ao comparecimento representaria infringência à sua liberdade constitucional de ir e vir.”

A vítima, do mesmo modo, não tem o dever de comparecer a audiência. O seu não comparecimento demonstra sua vontade de não aceitar qualquer acordo civil.

O responsável civil não integra a relação jurídica processual penal, mas nessa fase preliminar, como não há ação e é possível um acordo civil, ele poderá estar presente, já que responde civilmente pelo fato.

A presença dos advogados do autor e da vítima é indispensável e exigida pela lei, ainda que seja uma fase pré-processual, tanto para a transação civil e mais ainda pela possibilidade de transação penal.

Explicações de Grinover, *et al.* (p. 109-110):

[...] a presença do defensor técnico é indispensável quanto à transação penal, em que o atuado poderá consentir na imediata aplicação de uma sanção penal, ainda que não privativa de liberdade. [...] a transação civil, nos Juizados, está estritamente vinculada à transação penal, para qual a atuação do defensor é indispensável. Ademais, nos casos de representação e queixa, a homologação do acordo civil corresponde à renúncia ao direito de exercê-las [...].

Se autor, vítima e responsável civil comparecerem à audiência preliminar sem advogado, o juiz nomeará defensor público.

Segundo o artigo 73, a audiência preliminar será conduzida pelo juiz ou por um conciliador.

Se houver acordo entre vítima e autor do fato, este será reduzido a termo e homologado pelo juiz (artigo 74). A sentença homologatória é irrecorrível e título executivo no juízo cível.

Nos casos de crimes de ação penal pública condicionada à representação e de ação penal privada, o acordo civil aceito pela vítima importa em renúncia ao direito de representação ou queixa (parágrafo único do artigo 74) e consequente extinção da punibilidade do autor do fato. (artigo 107, inciso V, do CP).

Se não houve tentativa de acordo pelo não comparecimento do autor ou da vítima na audiência preliminar, poderá haver na audiência de instrução debates e julgamento (artigo 78, § 2º).

Se o delito for de ação penal privada e a vítima não aceita o acordo civil, oferecerá queixa oralmente (artigo 77, § 3º). Se for delito de ação penal condicionada, a vítima terá que representar.

Um problema que é apontado pela doutrina é que a aceitação da composição dos danos civis pela vítima acaba sendo quase obrigatória. Isto porque, em se tratando de ação penal pública, se a vítima não aceita o acordo civil, o Ministério Público, ausentes os empecilhos do parágrafo segundo do artigo 76, proporá a transação penal, que consiste em aplicação de pena de multa ou restritiva de direito se consentido pelo autor.

Se o autor aceita a transação penal, não há nem denúncia. Ou seja, o ofendido teria feito um “mau negócio” porque não aceitou a reparação e o autor do fato ficará com a obrigação apenas de pagar multa ou prestação de serviços comunitários.

Ana Sophia Schmidt de Oliveira (p. 161) apresenta crítica neste sentido:

Em relação à satisfação da vítima, seria importante a realização de um estudo empírico a comprová-la. Especialmente em casos de agressão ou ameaça, havendo representação, é comum que a vítima experimente alguma perplexidade ao perceber que, depois de manifestar o que deseja o prosseguimento do feito, este é encerrado com a transação penal ou arquivamento.

Ocorre que, na minoria das vezes é verdade, a vítima não está preocupada com a reparação de danos, mas, no caso de ameaça ou lesão simples, como bem lembrou a douta, preocupa-se com a sua integridade física. Um delito leve cometido por autor primário, às vezes, pode ser o precedente de um delito mais grave.

Parece ser por esta constatação que, até mesmo para as contravenções, o STJ decidiu pelo afastamento dos crimes de violência contra mulher da competência do Jecrim, já que nesses casos, é comum que vias de fato cominem em lesão grave.

Mas como dito, é na minoria das ocorrências que a vítima não tem como pretensão a reparação de danos. Por isso, a Lei 9.099/95 é um grande avanço para as vítimas de pequenas infrações penais, que não precisam mais aguardar uma longa ação penal para alcançar a reparação almejada.

## 6 OUTROS MECANISMOS PARA REPARAÇÃO

Ainda cabe tratar sobre outras hipóteses que a vítima pode se valer para ser reparada pelos danos decorrentes do delito em seara penal e a possibilidade de reparação promovida pelo Estado.

### 6.1 As Hipóteses do Código Penal

Na legislação penal, a preocupação com a vítima e a reparação do dano também fica evidenciada em alguns dispositivos. O acusado recebe benefícios com a reparação do dano e, assim, o ofendido tem satisfeitos os prejuízos sofridos pela prática criminosa.

Começando pela análise das hipóteses, o artigo 16 do *Codex* Penal prevê o arrependimento posterior. Se o agente cometeu um crime sem violência ou grave ameaça, restituindo a coisa ou reparando o dano até o recebimento da denúncia ou queixa, deverá ter sua pena diminuída de um a dois terços. É causa de diminuição obrigatória de pena.

Se a reparação é feita após a denúncia, mas antes da sentença, será atenuante genérica de pena, prevista no artigo 65, II, “a”.

Por sua vez, se o réu quiser ter condições mais favoráveis para cumprir o *sursis* penal, deverá, comprovar a reparação do dano civil ou a impossibilidade de fazê-la (artigo 78, § 2º).

Se o réu for solvente e não repara o dano por motivo injustificado, o *sursis* penal será revogado (artigo 81, II).

Após condenado e decorrido dois anos depois de extinta a pena, o réu poderá requerer sua reabilitação. Uma das condições que deve preencher é a reparação do dano ou comprovar a absoluta impossibilidade de fazê-la ou, ainda, comprovar a renúncia da vítima (artigo 94, inciso III).

Cabe fazer uma consideração, valendo-se das palavras de Mirabete (p. 164):

A reparação do dano, porém, pode ser causa de extinção da punibilidade, como no caso do peculato culposo (art. 312, § 3º) ou excluir a possibilidade

da ação penal, como na hipótese do pagamento do cheque antes da denúncia quanto ao ilícito no art. 171, § 2º, VI (Súmula 554 do STF).

Então, na hipótese dos dois delitos citados, a reparação do dano até o recebimento da denúncia é mais do que simples causa de diminuição de pena.

A Lei 9.714 de 25 de novembro de 1998 incorporou ao Código Penal brasileiro uma pena restritiva de direitos, herdada da Lei 9.605/98 (Crimes Ambientais), consistente na prestação pecuniária. Assim prevê o parágrafo primeiro do artigo 45 do estatuto penal:

A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1(um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

A própria lei define o que é a prestação pecuniária e esta será paga, em regra, à vítima do delito ou seus dependentes. Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 148), somente não será a vítima a destinatária do pagamento se do crime não resultou dano ou não há vítima imediata.

O douto questiona também a constitucionalidade do dispositivo, visto que o legislador quantificou a pena em salário mínimo e deveria ter feito em dias-multa.

O dispositivo cria uma pena que se destina também a reparação de danos decorrentes do delito, tanto é que, em eventual ação civil, o valor pago deverá ser compensado caso haja condenação por indenização.

O parágrafo segundo do artigo 45 expõe que, caso haja concordância do beneficiário, a prestação pecuniária pode ser substituída por de outra natureza. Por exemplo, a entrega de um bem em pagamento.

A constitucionalidade do citado parágrafo é questionada pela doutrina. Bitencourt (p. 149) afirma que a redação é vaga e, como apesar de não ser privativa de liberdade, a prestação pecuniária é pena, fere o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF).

A redação do dispositivo é mal feita, mas a intenção do legislador é que a pena alcança-se um caráter satisfatório diante de um delito em que se admita a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

A presença de mecanismos para reparação de danos também no direito material é válida, mas o grande problema que se pode apontar é que, em um país como o Brasil, a maioria dos infratores penais é insolvente.

A respeito, Scarance Fernandes (p. 187):

A utilização do sistema jurídico-penal para estimular a reparação constitui interessante tendência, mas só pode ser aceita em relação a pequenas infrações e, por outro lado, principalmente em países mais pobres, surte pouco efeito porque os réus são normalmente pessoas destituídas de condições financeiras para reparar o dano.

É consistente tal crítica, mas, não se pode, pela insolvência presumida dos delinquentes, deixar a vítima “por sua conta e risco” na busca da reparação. Tanto a lei processual penal e lei penal devem continuar prestigiando ao ofendido, criando situações que facilitem a reparação dos danos. Sempre se enfatiza que o delito não faz surgir somente o *jus puniendi* do Estado.

## 6.2 Multa Reparatória do Código de Trânsito

O Código de Trânsito brasileiro, Lei 9.503/1997, prevê em seu artigo 297 a aplicação de uma multa reparatória:

A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 do houver prejuízo material resultante do crime.

Nas palavras de José Carlos Gobbis Pagliuca (2000, p. 23) a multa reparatória:

Não se trata de pena principal porque não mencionada nos tipos, mas sim, flutua no CTB, como pena exclusiva do juiz, com revestimento de verdadeira condenação civil, mas dentro da lide penal, independentemente de vontade do ofendido, tornando o juiz, pois, indivíduo da própria causa.

Do ponto de vista de defesa dos interesses civis da vítima, este dispositivo do CTB pode ser considerado muito benéfico e forma muito eficiente de reparação dos danos. Certamente, foi esse o objetivo do legislador ao criar o instituto.

Porém, o artigo 297 recebe ferrenhas críticas doutrinárias que questionam sua constitucionalidade.

Nas palavras de José Carlos Gobbis Pagliuca (p. 23) a multa reparatória:

Não se trata de pena principal porque não mencionada nos tipos, mas sim, flutua no CTB, como pena exclusiva do juiz, com revestimento de verdadeira condenação civil, mas dentro da lide penal, independentemente de vontade do ofendido, tornando o juiz, pois, indivíduo da própria causa.

Então, o questionamento feito é que a multa reparatória é uma pena que não está ligada a qualquer crime de trânsito, o legislador foi genérico, o juiz aplica de ofício. Mais uma vez, questiona-se o desrespeito do princípio da legalidade.

Mas, como dito, com o olhar voltado para a satisfação da vítima, o dispositivo é válido, embora não se possa negar sua redação mal feita.

Ao contrário da prestação pecuniária prevista no Código Penal, a multa reparatória será fixada em dias-multa e da mesma forma que o instituto do estatuto penal, o valor pago deverá ser descontado de eventual condenação no juízo cível ao pagamento de indenização (parágrafo terceiro).

### **6.3 Reparação pelo Estado**

Foi apontado no tópico anterior que um dos grandes problemas na efetivação da reparação do dano pelo infrator é que, na maioria das vezes, ele não tem patrimônio para fazê-lo.

Sendo assim, será que o Estado poderia arcar com esta responsabilidade?

Scarance Fernandes traz os argumentos favoráveis e contrários a tal possibilidade (p. 181-182).

Favoráveis:

- a indenização pelo Estado deriva das ideias atuais em torno do seguro estatal e das responsabilidades sociais do Estado moderno;
- o Estado é responsável pelo bem-estar social, tendo os cidadãos direito à paz, à segurança, à preservação de sua vida, de sua honra, de seus bens; a vítima, atingida porque o Estado falhou na execução de seus serviços, deve ser por ele indenizada;

- existe interesse público na integral punição do autor do crime, abrangendo-se aí também a reparação dos danos causados à vítima do delito;
- não é suficiente prever a reparação do dano porque muitas vezes o autor do crime é desconhecido ou insolvente;
- exigência dos postulados dos Estados sociais e democráticos de Direito.

Bons argumentos, baseados, principalmente, no fato do Estado hoje não ser mais somente aquele que dá liberdade aos cidadãos, mas também deve ser aquele que presta serviços em busca do bem-estar social.

Mas, quando se refere a uma responsabilidade atribuída ao Estado, é comum que se esqueça que este arrecadará fundos principalmente da cobrança de impostos da população e seriam altos os custos.

Existem outros argumentos contrários que podem ser apontados:

Aqueles, contudo, que pensam diferentemente afirmam ser impossível um controle total sobre o crime, não podendo o Estado ser responsabilizado porque também a vítima deve prevenir-se e, além do mais, em certos casos ela estimula a prática da infração (FERNANDES, p. 182).

Basicamente, o Estado tem obrigação de garantir segurança ao cidadão, mas não pode atender a todos a todo o tempo.

Mas mesmo com opiniões contrárias, existem Estados que possuem mecanismos públicos para a reparação de danos decorrente de delitos. Scarance Fernandes (p. 182-183) cita a Nova Zelândia, Itália, França, Inglaterra, Irlanda do Norte, sete províncias do Canadá, estados dos Estados Unidos, Suécia, Cuba.

A criação de fundos especiais para a indenização foi recomendada pela Declaração Universal dos Direitos da Vítima.

No Brasil, a Lei 6.194, de 19 de dezembro de 1974, instituiu o pagamento de seguro obrigatório pelos proprietários de veículos automotores. A quantia arrecadada é destinada à indenização de vítimas e seus herdeiros pelas lesões e mortes em acidentes de trânsito, “sem exigência de prova de culpa e cobrindo casos em que o autor é desconhecido” (FERNANDES, p. 184).

É pertinente a existência de fundos de reparação estatal, porém devem ser observados com restrição.

## 7 CONCLUSÃO

A vítima não foi, durante sua “Idade de Ouro”, uma grande protagonista como se pretende relatar. Sempre lhe foram impostas limitações, na grande maioria das vezes, de cunho religioso. É óbvio que era muito mais atuante na punição do criminoso do que é agora, mas não punia a seu bel-prazer. A exemplo disso, as limitações encontradas no Código de Hammurabi.

O direito penal que mais valorizou a vítima, por sua característica individualista de povo guerreiro, foi o direito penal germânico antigo.

O que é interessante notar é que o direito penal antigo sempre teve a preocupação da reparação de danos à vítima, que podia optar pela composição do delito, onde o ofensor pagava pelo direito de vingança de sangue.

A reparação é, na verdade, o verdadeiro interesse da vítima, ou o mais motivador, no processo penal e, nos primórdios, já se sabia disso.

Houve um esquecimento da vítima a partir do século XII com a influência do Direito Canônico e o fortalecimento do Estado. O crime não mais importa à vítima, mas à ordem pública.

Com esse ostracismo a que foi levado o ofendido, esqueceram-se também das discussões doutrinárias a esse respeito, da reparação de danos e da possibilidade de sua participação no processo penal.

O esquecimento da vítima na persecução penal foi longo, perdurou até o fim das grandes guerras mundiais. Somente no século passado passou-se a haver interesse pelo ofendido.

Existem hoje evidências de um redescobrimto da vítima, como congressos internacionais e novas disposições legislativas. Mas o termo redescobrimto é perigoso, porque o movimento atual em nada se assemelha à chamada “Idade de Ouro”.

A vítima não volta atuar como detentora do *jus puniendi*, mas existe uma maior preocupação com a reparação de danos, com sua participação no processo e na produção de prova.

Na persecução penal brasileira atual, a vítima começa a ganhar espaço e importância. Para o inquérito policial, o ofendido é imprescindível e

deve assim ser considerado e respeitado, sem sua colaboração a dificuldade de produção de provas para formação de justa causa para ação penal é visível.

O legislador brasileiro vem buscando também uma maior participação da vítima na ação penal pública. É o que se vem demonstrando, mormente pelo crescente número de delitos cuja ação é condicionada à representação do ofendido e pela figura do assistente de acusação.

A atitude do legislador é plenamente justificável, ora reconhece que, no caso do condicionamento da ação penal pública, o ofendido precisa ser consultado, seja porque o crime não é tão grave ou em razão da própria ação penal ser mais penosa.

A assistência se justifica igualmente na ação penal pública. É o reconhecimento de que a vítima também tem interesse no processo criminal e não deve ser alheada completamente da relação.

No Brasil, a vítima também atua como autora da ação penal nas oportunidades concedidas pela lei. Porém, a chamada ação penal privada, ao que afere por projetos legislativos, na modalidade exclusiva, está prestes a desaparecer.

Sobre isso, conclui-se que, apesar de parecer um desprestígio à vítima, esta será favorecida, principalmente quando menos bastada financeiramente. Ora, é descabido a vítima, além de sofrer uma ofensa e danos, ter que arcar com as despesas de uma ação, que poderá ser demorada.

O maior e mais eficiente prestígio que se pode dar a vítima no processo penal é a ação penal pública condicionada à representação. Desta forma, o ofendido e seus interesses não são ignorados.

Em caso de desídia do Estado, representado pelo Ministério Público na ação penal pública, a vítima tem uma garantia constitucional e poderá ingressar com ação penal privada subsidiária. Esta sim não pode ser extirpada do ordenamento, a não ser com o sobrevento de uma nova Constituição. A ação penal subsidiária prestigia a vítima.

A razão de se abordar, como foi abordado, a participação da vítima na história penal e, depois, sua participação no processo penal brasileiro, foi na defesa de que, apesar do Estado ser o detentor do *jus puniendi* e não mais a vítima, como em tempos remotos, não se pode olvidar que a ação penal contém interesse privado do ofendido.

Por isso, a análise que foi feita em seguida foi sobre o principal interesse que a vítima tem no processo penal, a reparação dos danos decorrentes do delito e quais os mecanismos, em seara penal, para que, efetivamente esta ocorra.

Demonstrou-se que, quase sempre, o ilícito penal dá origem ao ilícito penal e à obrigação de reparar o dano, seja material ou moral.

A justiça restaurativa é um instituto que vem se discutindo, atualmente, e é formado por diversas teorias. Um dos objetivos da constituição de uma justiça restaurativa é a reparação dos danos.

O Brasil, em relação à pretensão penal e civil, adota o chamado sistema da independência, entretanto, existem mecanismos em âmbito penal para proporcionar ou assegurar a reparação dos danos, que podem ser chamadas de práticas restaurativas.

Viu-se que, após a prática de um crime, a vítima pode ingressar com a ação civil, embora, a melhor doutrina afirme que esta deverá ser suspensa até a solução definitiva de eventual ação penal, justamente pela relação existente entre a jurisdição penal e civil.

A sentença penal condenatória é título executivo para que a vítima ingresse com a ação civil. A grande mudança que ocorreu, em 2008, foi que o juiz penal estabelece na sentença um valor mínimo para reparação. É um mecanismo válido, embora não possa prolongar a ação penal para determinar o valor integral.

O processo penal também prevê medidas assecuratórias, sendo o sequestro, a especialização da hipoteca legal e o arresto. Embora tais medidas sejam possíveis na ação penal, é imprescindível que a vítima possa se valer delas ainda em seara penal, visto que antes mesmo da ação civil, a indenização já estará garantida, evitando-se qualquer fraude pelo ofensor.

Infelizmente, as medidas assecuratórias penais são pouco utilizadas, talvez pela falta de conhecimento dos operadores do Direito.

A fiança é muito mais recorrente e serve melhor ao papel de garantir a restauração dos danos.

A Lei 9.099/95 criou a possibilidade de acordo civil entre o ofendido e o ofensor antes do início da ação penal. É um avanço, porque, em delitos de menor potencial ofensivo, o maior interesse da vítima é a reparação e não os constrangimentos da ação penal.

Mas, há também uma desvantagem na lei supracitada. Isto porque, a vítima acaba sendo obrigada a aceitar um acordo civil diante da possibilidade da transação penal. São suas opções, na ação penal pública, ou aceita, ou o acusado, na maioria das vezes, cumprirá pena consentida não privativa de liberdade.

Como visto, é uma situação ruim, porque, às vezes, a vítima não quer o ressarcimento de danos, mas uma garantia que terá sua integridade física resguardada.

Por fim, analisaram-se hipóteses em que a reparação de danos é prevista no Código Penal e também no Código de Trânsito brasileiro, concluindo-se que, apesar das críticas doutrinárias, do ponto de vista da vítima, são dispositivos válidos. Ainda, dissertou-se sobre a possibilidade da reparação pelo Estado, sendo também um mecanismo válido se bem estabelecido.

A conclusão a que se chega é que o legislador brasileiro está preocupado em estabelecer mecanismos para que a vítima seja reparada dos danos sofridos, pois não se pode ignorá-la.

O Estado, como promovedor do bem-estar social que é, deve proporcionar à população a segurança, a paz social. Se o delito ocorreu é porque o ente estatal foi falho em algum aspecto, então, surge a necessidade de restaurar a harmonia social, o que faz mediante a aplicação de pena ao acusado.

Ocorre que, não somente a sociedade que sofre com o crime. Aquele que foi vítima imediata do delito é o que sofre maiores danos.

A vítima do crime já tem que passar pelo abalo psicológico, por uma grande dificuldade em alcançar a reparação do dano, já que, na maioria das vezes, o delinquente não tem patrimônio. O legislador tem que prestigiá-la, criar formas de assegurá-la.

A vítima não pode vitimada pelo crime e pelo descaso do processo penal.

## BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela Reparação de Danos**. A terceira via. Leme: J. H. Mizuno, 2005.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2008.

BALTAZAR JUNIOR, J.P. A sentença penal de acordo com as leis de reforma. In: NUCCI, G.S. **Reformas de Processo Penal**. 2 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 259-300.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 5. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Conflito de competência. Violência doméstica. Jecrim. Conflito de Competência 2010/0029106-2. 3ª Seção. Maria Thereza Assis Moura: Brasília, 14.04.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 19 out. de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade. Estatuto do Idoso. Lei nº 9.099/95. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3096/DF. Cármen Lúcia: Brasília, 16.06.2010. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) Acesso em: 19 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Ministério Público. Ação Civil *ex delicto*. Legitimidade. RE 341717 AgR / SP - SÃO PAULO. Celso de Mello: Brasília, 05.08.2003. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 19 out. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O Papel da Vítima no Processo Criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos**. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. A nova parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 10 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 1

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 1 ed. São Paulo: Max Limonad, 1951, vol. 1, tomo 1.

GOMES, Luiz Flávio. **Justiça penal restaurativa: conciliação, mediação e negociação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1451, 22 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10051>>. Acesso em: 11 set. 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 7. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pelegrini, *et al.* **Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26-09-1995**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

JESUS, Damásio E. de. **Justiça Restaurativa no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 819, 30 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7359>>. Acesso em: 12 out. 2011.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 1 ed., atual. Campinas: Bookseller, 1997, vol. 1.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2 ed., atual. Campinas: Millennium, 2000, vol. 1.

MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. **Em busca de um paradigma: uma teoria de justiça restaurativa**. Bethlehem, Pensilvânia, EUA: Real Justice, 2003. Disponível em: <<http://www.realjustice.org/articles.html>>. Acesso em: 19 out. 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. 19 ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003, vol. 1.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, vol. 1.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. 1 ed. Bauru: Edipro, 2000, vol. 1

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Introdução e parte geral. 36 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2001, vol. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

OLIVEIRA, Ana Schmidt de. **A Vítima e o Direito Penal**. Uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito Processual Penal**. Teoria, crítica e práxis. 5 ed., rev., ampliada e atual. Niterói: Impetus, 2008.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Direito penal do trânsito**. 1. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil com comentários ao Código Civil de 2002**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de direito processual penal**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva 2010.

VADE Mecum. Acadêmico de Direito ANGHER, Anne Joyce (org.) 13 ed. São Paulo: Riddel, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.